Die Fusion unter Ausschließung der Liquidation nach § 306 HGB.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Hermann Vater
Referendar aus Dresden
z. Z. Berlin.

Borna - Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1910.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545810_0058

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Literaturverzeichnis VII

§ 1. **A. Begriff und Arten der Fusion** 1

B. Die Voraussetzungen des § 306.

§ 2. Die Parteien der Vermögensübertragung 7

§ 3. Die Übertragung des Vermögens als Ganzes 15

§ 4. Die Gegenleistung der übernehmenden Gesellschaft . . 18

§ 5. Die Liquidationsausschließung 23

C. Die erforderlichen Maßregeln zur Durchführung der Fusion nach § 306.

§ 6. Der Fusionsvertrag und die Vereinbarung über den Ausschluß der Liquidation 24

§ 7. Die Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft. 28

§ 8. Die Generalversammlung der übernehmenden Gesellschaft und die Erhöhung des Grundkapitals 39

§ 9. Der Zwangsumtausch von Aktienurkunden 51

§ 10. Zweckmäßige Reihenfolge der einzelnen vorzunehmenden Akte zur Durchführung der Fusion 53

D. Wirkungen der Fusion.

§ 11. Die Gesamtrechtsnachfolge 55

§ 12. Die Gläubigerschutzvorschriften 68

E. Besondere rechtliche Verhältnisse bei der Fusion.

§ 13. Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse . . . 86

§ 14. Fortsetzung der übertragenden Gesellschaft im Falle des Nichtzustandekommens der Fusion 90

§ 15. **F. Stempelfragen** 93

Literaturverzeichnis.

Abraham. = Finanzielle Transaktionen und ihre Stempelpflicht, von Dr. Abraham. In Holdheims Monatsschrift 15. Jahrg. Nr. 3 u. Fortsetzungen.

Bauer. = Zeitschrift für Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Herausgeber Joseph Bauer.

Biermann. = Über die Notwendigkeit der Auflassung zum Eigentumserwerb an Grundstücken, insbesondere im Falle der Fusion zweier Handelsgesellschaften, von Franz Biermann. Diss. Göttingen 1899.

Cosack. = Lehrbuch des Handelsrechts, von Konrad Cosack. 6. Aufl. Stuttgart 1903.

Denkschr. = Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage.

DJZ. = Deutsche Juristenzeitung, begründet von Laband, Stenglein, Staub. Verlag von Otto Liebmann, Berlin.

Endemann. = Das deutsche Handelsrecht, von Dr. Wilhelm Endemann. 4. Aufl. 1887.

Esser. = Die Aktiengesellschaft nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuches v. 10. 5. 1897, von Robert und Ferdinand Esser. Berlin 1907.

Goldmann. = Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897, erläutert von Samuel Goldmann. Berlin 1905.

Harburger. = Konkursordnung. Handausgabe mit Erläuterungen von Dr. J. Harburger. 2. Aufl. München 1907.

Holdheim. = Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen, gegründet von Dr. P. Holdheim.

Hummel-Specht. = Das Stempelsteuergesetz v. 31. 7. 1895 nebst Ausführungsbestimmungen etc., herausgegeben von H. Hummel und F. Specht. Berlin 1906.

JurW. = Juristische Wochenschrift, Organ des Deutschen Anwaltsvereins, herausgegeben von W. Kempner. 30. Jahrg. Berlin.

KGJ. = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit etc. Berlin.

Korff. = Fusion, von Paul Korff. Diss. Erlangen 1909.

Küfner. = Fusion einer Aktiengesellschaft, von Hans Küfner. Diss. Erlangen 1896.

Lehmann. = Das Recht der Aktiengesellschaften, von Dr. Karl Lehmann. Bd. 2. Berlin 1904.

Lehmann, Lehrbuch. = Lehrbuch des Handelsrechts, von Dr. Karl Lehmann. Leipzig 1908.

Lehmann-Ring. = Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, erläutert von K. Lehmann und V. Ring. Berlin 1902.

Litthauer-Mosse. = Handelsgesetzbuch, von F. Litthauer, herausgegeben von Dr. A. Mosse. Berlin 1905.

Makower. = Handelsgesetzbuch mit Kommentar, herausgegeben von H. Makower. 13. Aufl., bearbeitet von F. Makower. Bd. 1. Berlin 1906.

OLG. = Entscheidung des Oberlandesgerichts.

OLGR. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von B. Mugdan und R. Falkmann.

Pinner. = Das deutsche Aktienrecht, von Albert Pinner. Berlin 1899.

Plotke. = Form des Fusionsvertrags, von Julius Plotke. In der Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen, begründet von Dr. Paul Holdheim. 10. Jahrg. 1901 Nr. 11 S. 248 ff.

Rehm. = Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung etc., von Dr. Hermann Rehm. München 1903.

RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

ROHG. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

v. Schwerin. = Über den Begriff der Rechtsnachfolge im geltenden Zivilrecht, von Freiherrn v. Schwerin. München 1905.

Sohm. = Der Gegenstand. Ein Grundbegriff des bürgerlichen Rechts, von Rudolph Sohm. Leipzig 1905.

Staub. = Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl., bearbeitet von Heinrich Könige, Dr. Josef Stranz, Albert Pinner. Berlin 1906.

Staub, Allgem. HGB. = Kommentar zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch, von Dr. Hermann Staub. 3. u. 4. Aufl. Berlin 1896.

Staub, WO. = Staubs Kommentar zur Wechselordnung. 6. Aufl., bearbeitet von Dr. J. u. Dr. M. Stranz. Berlin 1909.

Staudinger. = Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, von J. v. Staudinger, herausgegeben von Th. Löwenfeld und anderen.

Turnau-Förster. = Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen, für die Praxis bearbeitet von Dr. W. Turnau und Dr. K. Förster. Bd. 1: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl. 1906.

Wiener. = Umwandlung und Fusion von Gesellschaften, von Reichsgerichtsrat Dr. Wiener. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von Goldschmidt, Bd. 27 (neue Folge Bd. 12) S. 333 ff.

Wirtz. = Die Fusion des deutschen Handelsgesetzbuchs, von Heinrich Wirtz. Erlanger Diss. Borna-Leipzig 1908.

Wolff. = Die Praxis der Finanzierung von Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien usw., von Dr. Emil Wolff und F. Birkenbihl. Berlin 1908.

v. Ziegler. = Fusion von Aktiengesellschaften nach dem deutschen Rechte, von Dr. Eugen v. Ziegler. In der Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen, begründet von Dr. Paul Holdheim, 18. Jahrg. Nr. 3, 5, 6, 7.

§ 1.

A. Begriff und Arten der Fusion.

Unter Fusion oder Verschmelzung im allgemeinen Sinne versteht man die Vereinigung mehrerer Gesellschaften zu einer einzigen.[1] Die Vereinigung mehrerer Gesellschaften kann nun in der Weise erfolgen, daß die Gesellschaften aufgelöst werden und aus ihnen eine neue dritte Gesellschaft gegründet wird oder die eine von den Gesellschaften die übrigen in ihre Gesellschaft aufnimmt. Es handelt sich in diesem letzteren Falle jedoch um keine eigentliche Vereinigung, sondern, besser gesagt, um eine Einverleibung oder Inkorporierung der untergehenden Gesellschaften durch die fortbestehende Gesellschaft. Diese Inkorporierung kann nun wieder in der Weise erfolgen, daß das Vermögen der untergehenden Gesellschaft an die fortbestehende übertragen wird und letztere als Gegenleistung Vermögenswerte gewährt, oder dadurch, daß als Gegenleistung die Mitglieder der untergehenden Gesellschaft Mitglieder der fortbestehenden Gesellschaft werden und somit Anteil an dem Vermögen beider Gesellschaften haben.[2]

---

[1] vgl. Lehmann S. 523; Endemann S. 257.

[2] vgl. Lehmann S. 524.

Als eine Abart der Inkorporation ist auch der Fall zu bezeichnen, daß eine Aktiengesellschaft sämtliche Aktien der anderen Aktiengesellschaft erwirbt. In diesem Falle behalten beide Gesellschaften ihre gesonderte Existenz; die übernehmende Gesellschaft als einzige Aktionärin ist Herrin der anderen Gesellschaft und übt durch ihren Aktienbesitz den entscheidenden Einfluß auf die andere Gesellschaft aus.[3]

Die deutsche Handelsgesetzgebung hat hinsichtlich der Aktiengesellschaften (und der verwandten Kommanditaktiengesellschaften) von der Fusion im allgemeinen Sinne nur den Fall der Inkorporierung besonders berücksichtigt, und zwar muß man hier unterscheiden die Regelung dieser Materie nach dem allgem. deutschen Handelsgesetzbuch von 1861, den Novellen zum Aktiengesetz von 1870 und 1884 und dem neuen deutschen Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897.

Das alte Handelsgesetzbuch berücksichtigte nur einen einzigen speziellen Fall der Fusion in Art. 215. Danach konnte eine Aktiengesellschaft ihr Vermögen und ihre Schulden an eine andere Aktiengesellschaft gegen Gewährung von Aktien der letzteren übertragen; es war also erforderlich, daß beide Parteien Aktiengesellschaften waren; auf Kommanditgesellschaften auf Aktien fand diese Bestimmung keine Anwendung. Ferner wurde verlangt, daß die Generalversammlung der übertragenden

[3] vgl. Rehm S. 394.

Gesellschaft einstimmig die Übertragung genehmigte, und auch der Staat mußte seine Genehmigung hierzu erteilen (Art. 247). Durch die Aktiennovelle von 1870 fiel das Erfordernis der staatlichen Genehmigung weg (Art. 247). Die Aktiennovelle von 1884 verlangte zur Gültigkeit der Übertragung einen Beschluß der Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft, der nur die Zustimmung einer Mehrheit von drei Vierteilen des in der Generalversammlung vertretenen Grundkapitals erforderte.[4]

Das neue deutsche Handelsgesetzbuch hat die Fusion so geregelt, daß es im § 303 allgemeine Bestimmungen über die Verwertung des Gesellschaftsvermögens einer Aktiengesellschaft durch Veräußerung des Vermögens im ganzen aufstellt und dann in den folgenden §§ 304 bis 306 besondere Regeln für spezielle Fälle gibt. Der Unterschied zwischen dem allgemeinen Fall des § 303 und den speziellen Fällen der §§ 304 — 306 besteht in der Person des Gegenkontrahenten, also des Übernehmers des Vermögens der Aktiengesellschaft. Wer der Gegenkontrahent nach § 303 ist, bestimmt das Gesetz nicht. Es kann daher jede rechtsfähige Person Gegenkontrahent sein. Mit Rücksicht auf die Person des Übernehmers hat das Gesetz in § 304 für den Fall, daß das Vermögen einer Aktiengesellschaft als Ganzes von dem Reiche, einem Bundesstaate oder einem inlän-

[4] vgl. Lehmann S. 527.

dischen Kommunalverband übernommen wird, erleichternde Bestimmungen getroffen.

Als weitere besondere Unterarten des § 303 sind in den §§ 305 u. 306 die Fälle geregelt, daß der Gegenkontrahent, also der Übernehmer des Vermögens einer Aktiengesellschaft — es kann nach § 320 auch eine Kommanditgesellschaft auf Aktien sein — eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien ist und die Gegenleistung für die Übertragung des Vermögens als Ganzes in der Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft besteht. Das Gesetz unterscheidet hier zwei Fälle, den Fall der Fusion mit vorzunehmender Liquidation (§ 305) und den der Fusion unter Ausschließung der Liquidation (§ 306).

Der Unterschied zwischen beiden Arten der Fusion besteht hauptsächlich darin, daß im Falle des § 305 über das Vermögen der übertragenden Gesellschaft eine Liquidation stattfindet, während im Falle des § 306 vereinbart wird, daß eine Liquidation unterbleiben soll. Infolgedessen müssen im Falle des § 305 die allgemeinen Vorschriften über die Liquidation einer Aktiengesellschaft angewendet werden, und die Übertragung des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft darf erst nach beendeter Liquidation erfolgen. Im Falle des § 306 dagegen findet eine Liquidation nicht statt. Das Vermögen der übertragenden Gesellschaft geht bereits mit der Eintragung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals ins Handelsregister auf die übernehmende Gesell-

schaft über. Dafür sind aber zur Sicherung der Gläubiger die Gläubigerschutzvorschriften des § 306 zu beobachten. Ein wesentlicher Unterschied liegt ferner darin, daß im Falle des § 305 das Vermögen auf die übernehmende Gesellschaft im Wege der Sondernachfolge, im Falle des § 306 im Wege der Gesamtnachfolge übergeht. Dies hat seinen Grund darin, daß nach § 306 der Übergang des Vermögens von Rechts wegen bestimmt ist, während nach § 305 eine obligatorische Verpflichtung zur Übertragung des Vermögens konstituiert ist.[5]

Die Aktiva gehen hier nicht ohne weiteres auf die übernehmende Gesellschaft über, sie müssen vielmehr besonders übertragen werden. Hinsichtlich der Passiva tritt eine kumulative Schuldübernahme nach § 419 BGB. ein.[6]

Der Fall des § 305 wird als uneigentliche Fusion[7] oder als Fusion ohne sofortige Verschmelzung[8] oder als Fusion mit vorzunehmender Liquidation, der des § 306 als eigentliche Fusion[9] oder Fusion mit sofortiger Verschmelzung[10] oder als Fusion unter Ausschließung der Liquidation bezeichnet. Die Bezeichnung als eigent-

---

[5] Pinner § 303 III, 3.
[6] vgl. Staub § 303 Anm. 16.
[7] vgl. Pinner § 305.
[8] vgl. Staub § 305 Anm. 1.
[9] vgl. Pinner § 306.
[10] vgl. Staub § 306 Anm. 1.

liche Fusion kommt wohl von dem häufigeren Gebrauch dieser Fusionsart und der praktischeren Art ihrer Durchführung her.[11] Sie ist in der Praxis fast ausschließlich gebräuchlich.

Die folgende Abhandlung soll sich nur mit der Fusion nach § 306 befassen. Da jedoch § 306 eine Unterart des § 305 und dieser wieder ein Spezialfall des § 303 ist, der allgemein von der Verwertung des Vermögens einer Aktiengesellschaft als Ganzes durch dessen Veräußerung spricht, werden auch diese Paragraphen zu berücksichtigen sein, sowie auch der § 304 (Verstaatlichung), der nach § 306 Abs. 1 für die Fusion mit sofortiger Verschmelzung entsprechend anzuwenden ist.

Man versteht also unter der Fusion mit Ausschließung der Liquidation die Übertragung des Vermögens einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien als Ganzes an eine andere Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft unter Abschluß der Vereinbarung, daß die Liquidation über das Vermögen der übertragenden Gesellschaft unterbleiben soll.

Hiernach sind also die wesentlichen Voraussetzungen des § 306:

1. die Parteien müssen Aktiengesellschaften oder Kommanditgesellschaften auf Aktien sein (§ 2);

---

[11] vgl. v. Ziegler S. 58.

2. das Vermögen muß als Ganzes auf die übernehmende Gesellschaft übertragen werden (§ 3);
3. die Gegenleistung muß in der Gewährung von Aktien bestehen (§ 4);
4. es muß eine Vereinbarung über die Liquidationsausschließung vorliegen (§ 5).

B. Die Voraussetzungen des § 306.

§ 2.

Die Parteien der Vermögensübertragung.

Während bei der Verwertung des Vermögens einer Aktiengesellschaft durch Veräußerung nach § 303 nur der übertragende Teil eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien (§ 320) zu sein braucht, ist nach § 306 Voraussetzung, daß sowohl der übertragende Teil wie der übernehmende Teil eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien ist. Dies ergibt sich aus § 306 in Verb. mit § 305, wonach der übertragende Teil eine Aktiengesellschaft, der übernehmende Teil eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien ist. Daß der übertragende Teil auch eine Kommanditgesellschaft auf Aktien sein kann, ergibt sich aus § 320, der bestimmt, daß, soweit sich nicht aus den speziellen Vorschriften über die Kommanditgesellschaft auf Aktien ein anderes ergibt, die Vorschriften über die Aktiengesellschaft Anwendung finden. Einer Aktiengesellschaft muß nicht etwa wieder eine Aktiengesellschaft als Gegenkontrahent gegenüberstehen.

Der übernehmende Teil kann eine Kommanditgesellschaft auf Aktien, der übertragende Teil eine Aktiengesellschaft sein und umgekehrt.

Im folgenden soll der Kürze wegen nur von der Aktiengesellschaft die Rede sein, da sich die Vorschriften über die Fusion zweier Aktiengesellschaften ohne weiteres auf die Fusion von Kommanditgesellschaften auf Aktien entsprechend anwenden lassen. Nur ist hierbei zu beachten, daß dann, wenn von Beschlüssen der Generalversammlung in folgendem die Rede ist, auch die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter (Komplementare) erforderlich ist; denn nach § 327 Abs. 2 bedürfen Beschlüsse der Generalversammlung der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter, soweit sie Angelegenheiten betreffen, für die bei der Kommanditgesellschaft das Einverständnis der persönlich haftenden Gesellschafter und Kommanditisten erforderlich ist. Dies ist aber der Fall bei Handlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb der Gesellschaft hinausgehen (§ 164). Da zu diesen Handlungen auch die Fusion zählt, ist also zu den zur Herbeiführung der Fusion erforderlichen Generalversammlungsbeschlüssen auch die Zustimmung der Komplementare erforderlich. Zu beachten ist hierbei, daß in der Generalversammlung die persönlich haftenden Gesellschafter, auch wenn sie Aktien besitzen, kein Stimmrecht haben.[1]

[1] vgl. Lehmann, Lehrb. S. 455 u. 343; Korff S. 11.

Ist in folgendem von dem Vorstande der Aktiengesellschaft die Rede, so treten an seine Stelle bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien die Komplementare.[2]

Erfolgt die Veräußerung des Vermögens an eine Gesellschaft anderer Art, z. B. an eine offene Handelsgesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung so ist § 303 anzuwenden; ist der übernehmende Teil eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, so kommen für sie außerdem die Vorschriften über die Erhöhung des Stammkapitals (§§ 55—57 GmbHG.) zur Anwendung.[3]

Soll das Vermögen mehrerer Aktiengesellschaften auf eine Aktiengesellschaft übertragen werden, so kann man nicht von einer einzigen Fusion sprechen. So viele übertragende Gesellschaften vorhanden sind, so viele einzelne Fusionen liegen vor; denn das Gesetz spricht nur von „einer" Aktiengesellschaft. Außerdem ist in jedem Falle ein Vertrag mit jeder einzelnen übertragenden Gesellschaft und ebenso ein Zustimmungsbeschluß mit Dreiviertelmajorität seitens jeder übertragenden Gesellschaft erforderlich.[4]

Notwendig ist, daß beide Gesellschaften ihren Sitz in Deutschland haben. Für die Übernehmerin ergibt

---

[2] vgl. Lehmann, Lehrb. S. 455.

[3] vgl. Staub § 305 Anm. 5.

[4] vgl. Goldmann § 305 Ziff. 1; Lehmann-Ring § 305 Nr. 2; Pinner § 305 II, 16; Esser in Holdheim Jahrg. 1894 S. 458.

sich dies daraus, daß dann, wenn das Vermögen der übertragenden Gesellschaft ins Ausland gelangte, die Gläubigerschutzvorschriften des § 306 in Frage gestellt würden. Es ist dann keine Garantie gegeben, daß diese beobachtet werden; außerdem wäre die Bestimmung des § 306, wonach die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates der übernehmenden Gesellschaft den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft für die Ausführung der nach § 306 Abs. 2 geforderten getrennten Verwaltung des Vermögens der letzteren verantwortlich sind, illusorisch; denn das deutsche Gesetz kann unmöglich einer Aktiengesellschaft, die ihren Sitz im Auslande hat, derartige Vorschriften auferlegen.[5]

Außerdem ergibt sich auch aus § 305, der für § 306 auch anwendbar ist, daß die übernehmende Gesellschaft ihren Sitz im Inlande haben muß. In § 305 sind für den Fall, daß die übernehmende Gesellschaft die den Aktionären der übertragenden Gesellschaft geschuldeten Aktien durch Erhöhung des Grundkapitals aufbringt, besonders erleichternde Bestimmungen gegeben. Auch hier wäre dies eine unzulässige Einmischung des deutschen Gesetzgebers in das ausländische Recht, eine derartige Bestimmung zu geben, woraus ebenfalls folgt, daß die übernehmende Gesellschaft eine deutsche sein muß.[6]

Das gleiche gilt für die übertragende Gesellschaft;

[5] vgl. Makower § 305 I e; KGJ. Bd. 21 A S. 296.

[6] vgl. Staub § 305 Anm. 1.

denn die Vorschriften, die von dieser nach dem deutschen Gesetze zu beobachten sind, wie die Form des Veräußerungsvertrages, die Zustimmung der Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft zur Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im ganzen sowie zur Vereinbarung über die Liquidationsausschließung usw., kann das Gesetz wirksam nur der übertragenden Gesellschaft, die ihren Sitz in Deutschland hat, auferlegen.[7]

Die übernehmende Gesellschaft muß ferner eine bereits bestehende sein. Befindet sie sich im Gründungsstadium, so kann eine Fusion nicht stattfinden; denn nach § 200 HGB. besteht vor der Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft die Aktiengesellschaft als solche nicht. Sie bildet vielmehr eine Gesellschaft des BGB. §§ 705 ff., und eine solche kann nicht eine Fusion vornehmen, denn § 306 setzt eine „Aktiengesellschaft" voraus.[8] Unrichtig ist daher die Ansicht Staubs,[9] der auch den § 306 für anwendbar erklärt; nur sollen anstatt der Vorschriften über die Erhöhung des Grundkapitals die Gründungsvorschriften angewendet werden. Eine Notwendigkeit, § 306 analog anzuwenden, besteht nicht, da das Gesetz zur Erreichung des gewünschten Erfolges andere Wege uns gibt. Es sind vielmehr lediglich die Vorschriften über die Grün-

---

[7] vgl. Staub § 305 Anm. 1.

[8] vgl. v. Ziegler S. 58.

[9] vgl. Staub § 307 Anm. 3.

dung einer Aktiengesellschaft (§§ 182 ff.) und insbesondere die über Sacheinlagen (§§ 186 f.) anzuwenden.[10]

Befindet sich die übertragende Gesellschaft noch im Gründungsstadium, so kann eine Fusion ebenfalls nicht stattfinden, da nach § 200 HGB. vor der Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft die Aktiengesellschaft als solche nicht besteht. Ferner hätten die Gläubigerschutzvorschriften des § 306 keinen Zweck, denn nach § 200 hat die in der Gründung befindliche Aktiengesellschaft noch keine Verbindlichkeiten eingehen können. Ist dieses doch geschehen, so haften die Handelnden persönlich. Eine solche Gesellschaft liquidiert als gewöhnliche Gesellschaft nach §§ 730 ff. Werden als Gegenleistung Aktien gewährt, die durch Erhöhung des Grundkapitals aufgebracht werden, so finden die gewöhnlichen Vorschriften über die Erhöhung des Grundkapitals Anwendung; die erleichternden Bestimmungen des § 305 kommen nicht in Betracht.[11]

Ist die übernehmende Gesellschaft im Stadium der Liquidation, so kann keine Fusion mehr erfolgen, da nach § 298 neue Geschäfte in diesem Stadium, ausgenommen zur Beendigung schwebender, nicht abgeschlossen werden können. Außerdem können die Folgen der einmal erfolgten Auflösung nicht ohne

---

[10] vgl. Goldmann § 305 Ziff. 1; Lehmann-Ring § 305 Nr. 2; Pinner § 305 II, 1a.

[11] vgl. v. Ziegler S. 58.

weiteres beseitigt werden; es muß vielmehr in diesem Falle zu einer Neugründung geschritten werden.[12] Eine Ausnahme bietet nur der Fall des § 307 Abs. 2 (s. weiter unten).

Befindet sich die übertragende Gesellschaft in Liquidation, so kann eine Fusion nach § 306 trotzdem durchgeführt werden. Es ist dann nur von der Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft mit einer Mehrheit von drei Vierteilen des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals zu beschließen, daß die „weitere" Liquidation unterbleiben soll.[13]

Befindet sich die übernehmende Gesellschaft in Konkurs, so gilt das über eine im Liquidationsstadium befindliche Aktiengesellschaft Gesagte; denn durch die Eröffnung des Konkurses wird die Gesellschaft aufgelöst (§ 292 Abs. 1 Nr. 3). Die Generalversammlung kann aber, wenn das Verfahren durch Zwangsvergleich oder Einstellung auf Antrag des Gemeinschuldners beendigt ist, die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen (§ 307), und dann gilt die Aktiengesellschaft als fortbestehend, und nunmehr kann eine Fusion vorgenommen werden.[14]

Befindet sich die übertragende Aktiengesellschaft in Konkurs, so ist eine Fusion ausgeschlossen. Dies

---

[12] vgl. Staub § 292 Anm. 2.

[13] vgl. Staub § 306 Anm. 2 u. § 304 Anm. 3; Goldmann § 306 Ziff. 3.

[14] vgl. Harburger S. 145.

folgt daraus, daß die Aktien, die von der übernehmenden Gesellschaft als Gegenleistung gewährt werden, nicht an die Aktionäre der in Konkurs befindlichen Aktiengesellschaft gelangen. Vielmehr wird der Konkursverwalter sie erhalten und aus dem Erlöse die Gläubiger der im Konkurs befindlichen Aktiengesellschaft befriedigen. Außerdem ist eine Fusion deshalb unmöglich, weil die Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft keine Beschlüsse über das Vermögen der Aktiengesellschaft fassen kann, die den Konkursverwalter binden.[15]

Kann eine der beiden Aktiengesellschaften infolge eines Nichtigkeitsgrundes nach den §§ 309—311 für nichtig erklärt werden, so muß man unterscheiden, ob bereits ein rechtskräftiges Nichtigkeitsurteil bezw. eine nach §§ 142—144 FGG. unanfechtbare Löschungsverfügung vorliegt oder nicht. Im ersteren Falle kann, wenn der Nichtigkeitsgrund bei der übernehmenden Gesellschaft vorliegt und die Fusion noch nicht erfolgt ist, diese auch nicht mehr vorgenommen werden; vielmehr finden nach § 311 zum Zwecke der Abwicklung der Verhältnisse der übernehmenden Gesellschaft die für den Fall der Auflösung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. War die Fusion bereits erfolgt, so hat die erfolgreiche Nichtigkeitsklage kein Wiederaufleben der untergegangenen Gesellschaft zur Folge.

[15] vgl. v. Ziegler S. 59; vgl. Wirtz S. 7.

Liegt gegen die übertragende Gesellschaft ein rechtskräftiges Nichtigkeitsurteil oder eine nach §§ 142—144 FGG. unanfechtbare Löschungsverfügung vor und ist die Fusion noch nicht vollzogen, so finden nach § 311 gleichfalls die Grundsätze über die Auflösung der Gesellschaft Anwendung. Eine Fusion aber ist hier nicht möglich, denn die Liquidation tritt hier kraft Gesetzes als Folge der Nichtigkeit ein; sie muß durchgeführt werden. Eine Vereinbarung, daß die weitere Liquidation unterbleiben soll, wäre unzulässig.

Ist die Fusion bereits vollzogen, so kann gegen die übertragende Gesellschaft die Nichtigkeit nicht mehr geltend gemacht werden; denn die übertragende Gesellschaft existiert nicht mehr, und es ist demnach niemand mehr da, der für die zu erhebende Nichtigkeitsklage passiv legitimiert ist.

Liegt dagegen noch kein rechtskräftiges Nichtigkeitsurteil bezw. noch keine unanfechtbare Löschungsverfügung vor, so kann die Fusion jederzeit vorgenommen werden.[16]

§ 3.

Die Übertragung des Vermögens als Ganzes.

Zu einem wesentlichen Merkmale der Fusion gehört es, daß das „Vermögen“ der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende als „Ganzes“ übertragen wird. Das alte Handelsgesetzbuch sprach in Art. 215 von

---

[16] vgl. v. Ziegler S. 59.

einer Übertragung des Vermögens und der „Schulden". Das neue Handelsgesetzbuch spricht dagegen nur von der Übertragung des Vermögens, ohne die Übertragung der Schulden besonders zu erwähnen. — Was man unter Vermögen versteht, ist im Gesetz selbst nicht definiert. In der Gesetzgebung ist darunter bald die Summe der geldwerten Rechte einer Person, also das Bruttovermögen, bald das nach Abzug der Passiva verbleibende Vermögen, das Nettovermögen, zu verstehen. Bei der Universalsukzession, die hier vorliegt, versteht man unter Vermögen die Summe aller Aktiva und Passiva.[1]

Das Gesetz verlangt, daß das Vermögen als Ganzes übertragen wird. Welche Wirkung hat nun die Vereinbarung, daß einzelne Vermögensstücke von der Übertragung ausgeschlossen werden? Da § 306 einen Spezialfall des § 303 behandelt, der die Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung des Vermögens im ganzen zum Gegenstande hat, soll erst untersucht werden, ob nach § 303 eine derartige Vereinbarung zulässig ist. Das Gesetz regelt zwar nur die Übertragung des Vermögens im ganzen. Doch ist durchgängig die Ansicht[2] verbreitet, daß für den Fall, daß bestimmte einzelne Vermögensstücke von der Übertragung ausgenommen werden, § 303 wenigstens entsprechend anzu-

[1] Staudinger Bd. 1 S. 283.

[2] vgl. Staub § 303 Anm. 2; Lehmann-Ring § 303 Nr. 2; Makower § 303 I e; v. Ziegler S. 60.

wenden ist. Handelt es sich dagegen um einzelne Vermögensbestandteile, so ist eine Anwendung des § 303 ausgeschlossen, weil „es darauf ankommt, daß die Produktion in ihrem gesamten Umfang und in ihrer gesamten Art von der übernehmenden Aktiengesellschaft fortgesetzt werden kann“.[3] Es darf von der Übertragung nichts ausgenommen werden, was wesentlich zum Betriebe der Gesellschaft gehört.

Das gleiche gilt auch für die Fusion ohne Ausschluß der Liquidation nach § 305, weil hier eine Liquidation der übertragenden Aktiengesellschaft stattfindet; während des Liquidationsverfahrens wird letztere aufrecht erhalten zu Zwecken der Abwicklung schwebender Verbindlichkeiten. Es bleibt also während dieser Zeit ein Rechtssubjekt bestehen, das die Verteilung der von der Übertragung ausgeschlossenen Gegenstände vornehmen kann.

Im Falle des § 306 findet dagegen keine Liquidation statt. Nach erfolgter Fusion, d. h. nach Eintragung der erfolgten Kapitalserhöhung ins Handelsregister (s. § 8), ist die Rechtspersönlichkeit der übertragenden Gesellschaft erloschen. Infolgedessen besteht kein Rechtssubjekt, das über die einzelnen von der Übertragung ausgenommenen Vermögensstücke verfügen könnte. Dem-

---

[3] v. Ziegler S. 60; ähnlich Makower § 303 I c; Staub § 303 Anm. 2.

nach können sie von dem übrigen Vermögen nicht getrennt werden, ein Ausschluß einzelner Vermögensstücke ist also unmöglich.[4]

Die Übertragung des Vermögens hat ferner noch die Bedeutung, daß eine „Verschmelzung" der Gesellschaften zu einem Ganzen, d. h. der Übergang des „ganzen" Vermögens der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft erfolgen muß. Demnach fällt nicht unter die Fusion die sogenannte Interessengemeinschaft. Unter letzterer versteht man die Vereinigung mehrerer gleicher oder gleichartiger Betriebe zum Zwecke einheitlicher Regelung gemeinschaftlicher Interessen. Hier wird die Selbständigkeit der einzelnen Gesellschaften gewahrt; nur einzelne gemeinschaftliche Interessen werden geregelt, wie Ausschluß der Konkurrenz, gleiche Preise, Verteilung der Konkurrenzgebiete, gemeinsamer Bezug von Rohmaterialien usw.[5]

§ 4.

Die Gegenleistung der übernehmenden Gesellschaft.

Die Gegenleistung der übernehmenden Gesellschaft für die Übertragung des Vermögens im ganzen durch die übertragende Gesellschaft besteht in der Gewährung

---

[4] vgl. v. Ziegler S. 60.

[5] vgl. Wolff S. 138.

von Aktien. Erfolgt sie durch Hingabe anderer Vermögenswerte, so ist § 306 unanwendbar.

Die zu gewährenden Aktien werden regelmäßig erst durch Erhöhung des Grundkapitals der übernehmenden Gesellschaft aufgebracht. Es kommt auch der allerdings seltenere Fall vor, daß die Generalversammlung der übernehmenden Gesellschaft eine Herabsetzung ihres Grundkapitals mit einer Mehrheit von drei Vierteilen des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals beschließt und der Betrag der hierdurch frei werdenden Aktien zur Befriedigung der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft verwendet wird. Die Gegenleistung kann aber auch bestehen in der Gewährung eigener, der Gesellschaft bereits zuständiger Aktien. § 226 bestimmt zwar, daß die Aktiengesellschaft eigene Aktien im regelmäßigen Geschäftsbetriebe, sofern nicht eine Kommission zum Einkauf ausgeführt wird, weder erwerben noch zum Pfande nehmen soll. Diese Bestimmung ist eine Sollvorschrift, ein Zuwiderhandeln macht daher das Geschäft nicht ungültig. Die erworbenen Aktien sogleich wieder weiterzuveräußern, verbietet das Gesetz nicht. Ferner verbietet das Gesetz nur den Erwerb im regelmäßigen Geschäftsbetriebe. Es wäre also denkbar, daß die Gesellschaft im nicht regelmäßigen Geschäftsbetriebe einen größeren Posten Aktien erworben hat; man denke z. B. an den Erwerb von Aktien infolge Schenkung, Erbschaftsanfalles, Zwangsvollstreckung, Annahme an Erfüllungsstatt, wenn der Schuldner

nichts anderes leisten kann, ferner auch an den Erwerb infolge Verlustigerklärung (§§ 219 u. 220) und behufs Amortisation (§ 227).[1]

Ist den Aktionären der übertragenden Gesellschaft die Wahl gelassen, als Gegenleistung Aktien der übernehmenden Gesellschaft, Geld oder andere Vermögensstücke zu erhalten, und entscheiden sich alle Aktionäre für Aktien, so ist zweifellos § 306 anwendbar; denn es ist nicht einzusehen, warum dann, wenn die Voraussetzung des § 306, daß als Gegenleistung Aktien gewährt werden, wenn auch vor Ausübung des Wahlrechts ihr Eintritt unbestimmt ist, gegeben ist, nicht § 306 angewendet werden soll. Wären von vornherein nur Aktien als Entgelt festgesetzt worden, so würde die Anwendbarkeit von § 306 gleichfalls gegeben sein. Es kommt nicht darauf an, was als Entgelt gewährt werden soll, sondern gewährt wird.[2]

Gewährt die übernehmende Aktiengesellschaft Aktien und Geld oder andere Vermögenswerte, so ist § 306 unanwendbar.[3] Es kann dann nur § 303 Anwendung finden, denn da die Gewährung von Aktien zur Vor-

---

[1] Lehmann-Ring § 226 Nr. 2.

[2] v. Ziegler S. 63; vgl. Lehmann-Ring § 305 Nr. 4; Goldmann § 305 Ziff. 2; Lehmann S. 534; Staub § 305 Anm. 3, anders in 6./7. Aufl.; RG. Bd. 9 S. 19 u. 20; ROHG. Bd. 14 S. 361; Esser § 306 Anm. 4.

[3] vgl. Goldmann § 305 Ziff. 2; Lehmann-Ring § 305 Nr. 4; Makower § 305 If, 1.

aussetzung des § 306 gehört, so kann nicht willkürlich in das Gesetz hinein interpretiert werden, daß § 306 auch dann Anwendung finden soll, wenn nebenbei noch andere Vermögenswerte gewährt werden sollen. Anderenfalls könnte keine Grenze mehr gezogen werden.[4] Eine Ausnahme hiervon bietet nur der Fall, wenn für jede Aktie der übertragenden Gesellschaft mindestens eine neue Aktie der übernehmenden Gesellschaft und außerdem anderweitiger Vermögensvorteil gewährt wird. Hier ist dem Willen des Gesetzes genügt, weil für alle Aktionäre ein Umtausch von Aktien stattfindet; es können also in diesem Falle außer den zu gewährenden Aktien beliebige andere Vermögenswerte den Aktionären gewährt werden.[5]

Es ist nun zu erörtern, an wen die Gegenleistung erfolgen soll. An die übertragende Aktiengesellschaft kann die Gegenleistung im Falle des § 306 — anders im Falle des § 305 — nicht mehr erfolgen; denn mit der Eintragung der erfolgten Kapitalserhöhung ist die Verschmelzung der beiden Gesellschaften vollzogen, die Rechtspersönlichkeit der übertragenden Gesellschaft demnach untergegangen, eine Gewährung von Aktien an sie infolgedessen ausgeschlossen; denn eine Gewährung von Aktien vor der Eintragung der erfolgten Kapitalserhöhung ist nach § 287 Abs. 1 unzulässig. Es ist daher anzunehmen, daß die Ausbedingung der Aktien

---

[4] vgl. Lehmann-Ring § 305 Nr. 4.

[5] vgl. Esser § 306 Anm. 4.

an die Aktionäre als gewollt anzusehen ist. Es liegt dann ein Vertrag zugunsten Dritter nach BGB. §§ 328 ff. vor.[6]

Hat die übernehmende Gesellschaft Aktien der übertragenden Gesellschaft, so kann es ihr im Falle der Fusion natürlich nicht verwehrt werden, sich ihre eigenen Aktien zuzuteilen. Ein derartiger Erwerb ist als nicht im regelmäßigen Geschäftsbetrieb erfolgt anzusehen. Es trifft ihn somit nicht das Verbot des § 226, sondern er hat seinen Grund in der Gesamtrechtsnachfolge, die nach durchgeführter Fusion eintritt. Allerdings wird die übernehmende Aktiengesellschaft regelmäßig die ihr zukommenden Aktien vernichten, da durch allzu großen Besitz eigener Aktien das Grundkapital unnötig verwässert wird.

Behält sie aber die Aktien, so hat sie im Falle eines plötzlichen Kapitalsbedürfnisses die Möglichkeit der sofortigen Veräußerung ihrer eigenen Aktien. Das gleiche gilt, wenn die Übernehmerin bereits alle Aktien der übertragenden Gesellschaft besitzt. Hier hat die Fusion nur den Zweck, der „tatsächlichen Vereinigung noch die rechtliche“ folgen zu lassen. Möglich ist, daß auch hier die übernehmende Gesellschaft ihr Grundkapital erhöht und die dadurch geschaffenen Aktien der eigenen Gesellschaft sich selbst zuteilt. Dieser Fall

---

[6] vgl. Staub § 305 Anm. 3; Goldmann § 305 Ziff. 2, § 303 Ziff. 10; Lehmann-Ring § 305 Nr. 4.

wird in der Praxis wohl kaum vorkommen, doch wäre er dann zu empfehlen, wenn die Gesellschaft durch die Übernahme der übertragenden Gesellschaft größere Aufwendungen, wie Meliorationen usw., vornehmen will und hierfür das Geld sich durch die Veräußerung der auf obige Weise erlangten Aktien verschaffen will. Die Gesellschaft hat hier den Vorteil, die erleichternden Vorschriften über die Kapitalserhöhung anwenden zu können.[7]

§ 5.

Die Liquidationsausschließung.

Im Gegensatz zu § 305, nach dem im Falle der Fusion die Liquidation der übertragenden Gesellschaft durchgeführt werden muß, ist nach § 306 die Ausschließung der Liquidation erforderlich.

Die Ausschließung der Liquidation erfolgt durch eine Vereinbarung zwischen der übernehmenden und übertragenden Gesellschaft. Sie kann selbständig in einer Urkunde enthalten sein oder zugleich mit dem Fusionsvertrage abgeschlossen werden.[1]

Das Nähere hierüber erörtert der nächste Paragraph.

---

[7] vgl. v. Ziegler S. 63 u. 64.

[1] vgl. Goldmann § 306 Ziff. 2.

C. Die erforderlichen Maßregeln zur Durchführung der Fusion nach § 306.

§ 6.

Der Fusionsvertrag und die Vereinbarung über den Ausschluß der Liquidation.

Zur Übertragung des Vermögens als eines Ganzen ist ein Vertrag zwischen den beiden Gesellschaften erforderlich. Der Inhalt des Vertrages besteht darin, daß die übertragende Gesellschaft sich verpflichtet, ihr gegenwärtiges Vermögen als Ganzes der übernehmenden Gesellschaft zu übertragen und die letztere ihrerseits dafür den Aktionären der übertragenden Gesellschaft Mitgliedsrechte ihrer Gesellschaft einräumt.[1] Ferner muß aus dem Vertrage, da im Falle des § 306 die Aktien an die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft ausbedungen sind, das Verhältnis der Beteiligung ersichtlich sein. Ist dies nicht geschehen, so liegt ein wirklicher Fusionsvertrag nicht vor.[2]

Die Kontrahenten des Vertrages sind die beiden Gesellschaften. Sie werden hierbei durch ihren gesetzlichen Vertreter, den Vorstand der Aktiengesellschaft,

---

[1] vgl. Lehmann-Ring § 305 Nr. 5; Goldmann § 306 Ziff. 1.

[2] Lehmann-Ring § 305 Nr. 4; vgl. OLG. Dresden in DJZ. 1898 S. 390 f.

vertreten. Jedoch ist auch im Falle des § 306 möglich, daß als Vertreter der übertragenden Gesellschaft die Liquidatoren als Vertretungsberechtigte fungieren. Es ist hier an den Fall zu denken, daß die übertragende Gesellschaft sich bereits im Liquidationsstadium befindet und von der Generalversammlung mit einer Mehrheit von drei Vierteilen des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals beschlossen wird, daß die weitere Liquidation unterbleiben soll.[3]

Jedoch sind die zur Vertretung befugten Organe in ihrer Vertretungsmacht beschränkt. Soll der Vertrag Gültigkeit haben, so bedarf die übertragende Gesellschaft zu dem Abschluß des Vertrages stets der Genehmigung der Generalversammlung, und zwar verlangt der Beschluß der Generalversammlung eine Mehrheit von drei Vierteilen des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals.[4] Für die übernehmende Gesellschaft ist zur Gültigkeit des Vertrages an sich eine Zustimmung der Generalversammlung nicht erforderlich. Nur wenn die Fusion eine Statutenänderung erfordert oder die Gewährung der Aktien durch Erhöhung des Grundkapitals geschieht, ist ein Generalversammlungsbeschluß mit Dreiviertelmajorität erforderlich (§ 274). Zu beachten ist hierbei, daß eine Bindung an den Vertrag für die übernehmende Gesellschaft erst dann vor-

[3] vgl. Staub § 304 Anm. 3.

[4] vgl. Goldmann § 303 Ziff. 5; anders Pinner § 305 II, 2c, der einfache Stimmenmehrheit für genügend erachtet.

handen ist, wenn die Abänderung des Gesellschaftsvertrages oder der Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals in das Handelsregister eingetragen worden ist.[5] Die Begründung hierfür s. § 8.

Die Zustimmung kann vor Abschluß des Vertrages oder nachträglich erteilt werden. Wird sie vor Abschluß des Vertrages erteilt, so muß allerdings ein vollständiger Vertragsentwurf vorliegen, andernfalls wäre sie unwirksam.[6] Das Nähere s. weiter unten § 7.

Für die Form des Vertrages erfordert das Gesetz gerichtliche oder notarielle Beurkundung, da sich durch den Fusionsvertrag die übertragende Gesellschaft verpflichtet, ihr gegenwärtiges Vermögen zu übertragen (§ 311 BGB.). Zu beachten ist hierbei die Bestimmung des Art. 141 EG. z. BGB., wonach die Landesgesetze bestimmen können, daß nur die Gerichte oder nur die Notare für die Beurkundung zuständig sind.

Nicht etwa wird, falls beide Generalversammlungen über den Vertrag zu beschließen haben, die Beurkundung dadurch ersetzt, daß die Beschlüsse der Generalversammlungen gerichtlich oder notariell beurkundet werden müssen (§ 259). Wohl aber ist die für den Fusionsvertrag vorgeschriebene Form dann beobachtet, wenn in demselben Protokoll wie der Zustimmungsbeschluß der Generalversammlung der einen Gesellschaft der

[5] vgl. Goldmann § 305 Ziff. 3; Lehmann-Ring § 305 Nr. 5.

[6] vgl. Lehmann-Ring § 303 Nr. 3.

Antrag zur Schließung des Fusionsvertrages und in demselben Protokoll wie der Zustimmungsbeschluß der Generalversammlung der anderen Gesellschaft die Annahme dieses Antrages beurkundet wird. Diese Möglichkeit ist durch § 128 BGB. gegeben.[7]

Gleichzeitig und in derselben Urkunde wie der Fusionsvertrag oder auch in verschiedenen Urkunden wird die Vereinbarung zwischen der übernehmenden und übertragenden Gesellschaft geschlossen, daß eine Liquidation des Vermögens der letzteren unterbleiben soll.[8]

Zum Abschlusse dieser Vereinbarung sind die gleichen Personen wie beim Fusionsvertrage berechtigt. Eine Beschränkung in dem Abschlusse der Vereinbarung besteht hier auch insofern, als mit derselben qualifizierten Mehrheit wie beim Fusionsvertrage die Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft zu dieser Vereinbarung ihre Zustimmung geben muß. Diese kann ebenfalls der Vereinbarung vorhergehen oder nachfolgen.[9]

Eine bestimmte Form braucht bei Abschluß der Vereinbarung über den Ausschluß der Liquidation nicht beobachtet zu werden. Jedoch ist behufs des erforderlichen Nachweises, daß die Vereinbarung abgeschlossen ist, dieselbe in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift der Anmeldung des Zustimmungsbeschlusses

---

[7] Plotke S. 249.

[8] vgl. Lehmann-Ring § 306 Nr. 2.

[9] vgl. Goldmann § 304 Ziff. 4.

der Generalversammlung zur Liquidationsausschließung dem Registergericht vorzulegen[10] (§ 306 Abs. 1 in Verb. mit § 304 Abs. 4).

Die Wirksamkeit des Beschlusses über die Liquidationsausschließung tritt nach § 304 Abs. 3 erst mit der Eintragung in das Handelsregister des Gerichts, in dessen Bezirk sich der Sitz der Gesellschaft befindet, ein. Hat sich die übertragende Gesellschaft bereits vorher in Liquidation befunden, so gilt die Liquidation dementsprechend erst mit der Eintragung des Beschlusses über die Liquidationsausschließung in das Handelsregister als beendet.[11]

§ 7.

Die Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft.

Zur Wirksamkeit des Fusionsvertrages und ebenso der Vereinbarung über die Ausschließung der Liquidation ist ein Beschluß der Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft erforderlich, und zwar bedarf er einer Mehrheit, die mindestens drei Vierteile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt (§ 303 Abs. 1). Diese Mehrheit wird gefordert mit Rücksicht auf die Wichtigkeit der Maßregel und ihre eingreifende Bedeutung für die Interessen der Aktionäre.[1]

[10] vgl. Lehmann-Ring § 304 Nr. 2.

[11] vgl. Goldmann § 306 Ziff. 3.

[1] Denkschr. S. 164; vgl. auch Lehmann-Ring § 305

Gleichgültig ist, wie viel Aktionäre in der Generalversammlung zur Beschlußfassung erschienen sind; es handelt sich nur um eine Mehrheit innerhalb des vertretenen Aktienkapitals. Das Gesetz geht hier von dem Gedanken aus, daß jeder, der die zu beschließende Angelegenheit für wichtig hält, in der Generalversammlung erscheint. Als nicht vertreten gilt auch ein Aktionär, der zwar in der Generalversammlung erschienen ist, aber aus einem im Gesetz oder Statut bestimmten Grunde nicht mitstimmen darf oder sich der Abstimmung enthält.[2]

Grundsätzlich gewährt jede Aktie eine Stimme (§ 252). Es kann jedoch im Gesellschaftsvertrage bestimmt werden, daß ein Aktionär nur eine bestimmte Anzahl von Stimmen in sich vereinigen darf (§ 252). Das Stimmrecht kann auch durch Bevollmächtigte ausgeübt werden; doch bedarf es zum Nachweis der Vollmacht der Schriftform.

Häufig kommt auch für die Ausübung des Stimmrechts die Legitimationsübertragung vor. Man versteht hierunter die Übertragung einer Namensaktie in Form der Abtretung oder des Indossaments, oder einer Inhaberaktie, um den Erwerber nach außen als Eigentümer zu legitimieren; der Zweck der Übertragung ist aber der,

---

Nr. 5; Goldmann § 305 Ziff. 3; Staub § 305 Anm. 11; anders Pinner § 305 II, 2 c, nach dessen Ansicht für die Genehmigung des Veräußerungsvertrages Stimmenmehrheit genügt.

[2] vgl. Makower § 275 Ib, 1; Lehmann-Ring § 275 Nr. 1; Goldmann § 275 Ziff. 2.

daß derjenige, auf den die Aktie übertragen wird, im eigenen Namen, aber für Rechnung des Übertragenden die Rechte ausübe, ohne daß das Eigentum an der Aktie auf einen anderen übertragen wird. Diese Legitimationsübertragung hat die Wirkung, daß der Erwerber legitimiert ist, die Aktienrechte, insbesondere das Stimmrecht auszuüben.[3] Von dieser Legitimationsübertragung ist die fiduziarische Übertragung zu unterscheiden.

Diese unterscheidet sich von der Legitimationsübertragung dadurch, daß bei ihr wirklich Eigentum übertragen wird, mit der Verpflichtung, nach Erledigung des Zweckes und Ablauf der vereinbarten Zeit dasselbe zurückzuübertragen.[4]

Beide Übertragungen sind insofern von Bedeutung, als häufig der Versuch gemacht wird, sie zur Umgehung des Gesetzes zu benutzen. Es bestimmt nämlich § 252 Abs. 3, daß ein Aktionär in der Generalversammlung dann nicht mitstimmen darf, wenn es sich bei der Beschlußfassung um die Vornahme eines Rechtsgeschäftes zwischen ihm und der Gesellschaft handelt. Nun kommt es bei Fusionen fast ausnahmslos vor, daß die übernehmende Gesellschaft einen Teil der Aktien der übertragenden Gesellschaft besitzt. Es ist nun zu erörtern, ob die übernehmende Gesellschaft die Bestimmung des § 252 Abs. 3 — denn es handelt sich hier um die Vor-

---

[3] vgl. Staub § 222 Anm. 16 u. 21; v. Ziegler S. 70.

[4] vgl. Staub § 222 Anm. 16.

nahme eines Rechtsgeschäftes zwischen der übernehmenden Gesellschaft als Aktionärin und der übertragenden Gesellschaft — durch Vornahme einer Legitimationsübertragung oder fiduziarischen Übertragung umgehen kann. Bei der Legitimationsübertragung ist dies nicht möglich; denn der Zweck derselben ist, die Legitimation zur Ausübung des Stimmrechts zu übertragen insoweit, als dasselbe besteht;[5] es richtet sich also vollkommen nach der Person des Übertragenden. Besteht in seiner Person ein Hinderungsgrund, so kann auch der Legitimierte das Stimmrecht nicht ausüben. Geschieht die Abstimmung trotzdem, so kann der Beschluß nach §§ 271 ff. angefochten werden. Geschieht die Übertragung gegen Entgelt, so greifen die Strafbestimmungen des § 318 Platz. Außerdem ist nach § 134 BGB. in dem letzteren Fall die Übertragung nichtig, da sie ein Rechtsgeschäft ist, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt.[6] Im Falle der fiduziarischen Eigentumsübertragung ist der Erwerber der Aktie wirklicher Eigentümer geworden; aus der Person seines Vormannes können ihm Hinderungsgründe im Stimmrecht nicht entgegengesetzt werden. Doch kann trotzdem m. E. der Fiduziar von der Abstimmung ausgeschlossen werden, wenn die fiduziarische Eigentumsübertragung zum Zwecke der Umgehung des Gesetzes, also in fraudem legis erfolgt ist. Wird in solchem Fall wegen des Aus-

---

[5] vgl. Staub § 223 Anm. 19.

[6] vgl. Staub § 223 Anm. 20.

schlusses vom Stimmrecht der Beschluß angefochten, so ist dem klagenden Aktionär die exceptio doli entgegenzuhalten; eine Klage wird dann als unbegründet abgewiesen werden.[7]

Ist dagegen die übernehmende Gesellschaft im Besitze aller Aktien der übertragenden Gesellschaft, so findet die Vorschrift des § 252 keine Anwendung; denn § 252 ist nur zum Schutze der übrigen Aktionäre, die an dem Rechtsgeschäfte nicht beteiligt sind, gegeben; solche sind aber in diesem Falle nicht mehr vorhanden. Infolgedessen wäre eine Anwendung des § 252 widersinnig. Außerdem wäre im Falle des erfolgten Beschlusses niemand da, der diesen anfechten könnte.[8]

Berufen wird die Generalversammlung von dem Vorstande der übertragenden Gesellschaft. Jedoch kann nach dem Gesellschaftsvertrage auch der Aufsichtsrat dazu bestimmt sein (§ 253). Tut der Vorstand, obwohl er hierzu verpflichtet ist, dies nicht, so hat nach § 246 Abs. 2 der Aufsichtsrat die Berufung vorzunehmen, wenn dies im Interesse der Gesellschaft für erforderlich gehalten wird.[9]

Beschlossen werden kann über die Fusion in der ordentlichen oder außerordentlichen Generalversammlung.

---

[7] And. A. v. Ziegler S. 70. Nach seiner Ansicht kann im Falle der fiduziarischen Eigentumsübertragung § 252 nicht entgegengesetzt werden.

[8] vgl. v. Ziegler S. 70.

[9] vgl. Staub § 253 Anm. 1.

Die Berufung der Generalversammlung hat mindestens zwei Wochen vor dem Tage der Versammlung zu erfolgen; der Tag der Berufung und der Tag der Generalversammlung wird hierbei nicht mitgerechnet (§ 256). Die Form, in der die Berufung der Generalversammlung der Aktionäre geschieht, muß der Gesellschaftsvertrag nach § 182 Abs. 2 Ziff. 5 bestimmen.[10] Bei der Berufung soll der Zweck der Generalversammlung, also die vorzunehmende Fusion bekanntgemacht werden.

Der Generalversammlungsbeschluß der übertragenden Gesellschaft kann vor oder nach der Errichtung des Vertrages gefaßt werden. In ersterem Falle ist es jedoch nicht zulässig, dem Vorstande nur eine allgemeine Ermächtigung zu erteilen, daß er einen Fusionsvertrag abschließen soll, es muß hier vielmehr ein vollständiger Vertragsentwurf vorgelegt werden. Dies erklärt sich daraus, daß nach § 303 durch diesen Beschluß der Generalversammlung die Gesellschaft aufgelöst wird, dies aber nach dem Sinne des Gesetzes bei einer allgemeinen Ermächtigung zum Abschlusse eines Fusionsvertrages nicht gewollt ist. Auch spricht § 305 Abs. 2 von einem von der Generalversammlung der aufgelösten Gesellschaft genehmigten Vertrage, d. h. also, daß die Generalversammlung einem bereits in seinen Einzelheiten vorliegenden Vertrage zustimmen soll. — Erfolgt die

---

[10] vgl. Lehmann, Lehrb. S. 414.

Zustimmung nicht, so ist der Vertrag nicht wirksam.[11] — Die Vorschriften der §§ 182ff. BGB. über die Abhängigkeit der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes von der Zustimmung Dritter lassen sich hier nicht anwenden, da die Zustimmung der Generalversammlung nicht als die eines Dritten gilt, vielmehr ist die Generalversammlung ein Organ derselben Gesellschaft wie der Vorstand; sie ist „das den Gesamtwillen der Mitglieder verkörpernde Organ",[12] folglich „Träger des Willens der Gesellschaft selbst".[13] Es handelt sich also um das Zusammenwirken zweier Organe ein und derselben Person, infolgedessen kann es sich nicht um die Zustimmung eines Dritten, d. h. einer anderen Persönlichkeit als die, welche das Rechtsgeschäft abschließt, handeln.[14]

Ist der Generalversammlungsbeschluß gefaßt worden, so hat er die Auflösung der Gesellschaft zur Folge, sofern letztere noch nicht aufgelöst war; es bedarf keines besonderen Auflösungsbeschlusses. Der Beschluß über die Vermögensveräußerung ist regelmäßig ohne Eintragung gültig, ausgenommen, wenn die durch ihn bewirkte Auflösung der Gesellschaft eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages enthält. Dann bedarf er zur Gültigkeit

---

[11] Lehmann-Ring § 303 Nr. 3; vgl. Makower § 303 II c; Staub § 303 Anm. 8; Goldmann § 303 Ziff. 4.

[12] Lehmann, Lehrb. S. 411.

[13] Plotke S. 249.

[14] vgl. Rehm S. 395; Plotke S. 249; v. Ziegler S. 69 and. M. Staub § 303 Anm. 8; Lehmann-Ring § 303 Nr. 3

der Eintragung in das Handelsregister.[15] Die Auflösung ist nach § 293 durch den Vorstand zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden. Tut dies der Vorstand nicht, so kann er durch Ordnungsstrafen nach § 14 dazu gezwungen werden.

Nach § 294 findet an sich nach Auflösung der Gesellschaft die Liquidation statt; im Falle des § 306 wird aber vereinbart, daß die Liquidation unterbleiben soll. Zu dieser Vereinbarung ist die Zustimmung der Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft erforderlich. Der Beschluß der Generalversammlung bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Vierteile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt.

Zu empfehlen ist es, der Generalversammlung gleichzeitig den Veräußerungsvertrag und die Vereinbarung über die Liquidationsausschließung zur Beschlußfassung vorzulegen, um nicht durch die sonst erst eintretende Liquidation, die infolge der bloßen Beschlußfassung über die Veräußerung des Vermögens eintritt, unnütze Schwierigkeiten hervorzurufen und Kosten zu verursachen.

Über die Berufung der Generalversammlung und das Stimmrecht gelten die oben entwickelten Grundsätze. Der Beschluß über den Ausschluß der Liquidation ist nach § 304 vom Vorstande zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Zur Anmeldung dieses Be-

---

[15] vgl. Lehmann-Ring § 305 Nr. 5; Goldmann § 303 Ziff. 13.

schlusses ist auch ein einzelnes Mitglied des Vorstandes befugt, wenn es auch sonst berechtigt ist, die Gesellschaft zu vertreten. Hätte die Anmeldung von allen Mitgliedern des Vorstandes zu erfolgen, so hätte dieses vom Gesetz besonders ausgedrückt werden müssen.[16] Ist die Auflösung der Gesellschaft noch nicht angemeldet, so ist diese Anmeldung mit der Anmeldung des Beschlusses über die Liquidationsausschließung zu verbinden. Letzterer hat keine Wirkung, bevor seine Eintragung bei dem Gerichte, in dessen Bezirke sich der Sitz der Gesellschaft befindet, stattgefunden hat (§ 304 Abs. 4).

Die Anmeldung erfolgt bei dem Gerichte, wo die übertragende Aktiengesellschaft ihren Sitz hat. Bestehen Zweigniederlassungen, so hat die Anmeldung auch bei den Handelsregistern der Zweigniederlassungen zu erfolgen. Erfolgt die Anmeldung des Beschlusses über die Liquidationsausschließung bei dem Register des Sitzes der Aktiengesellschaft nicht, so kann sie durch Ordnungsstrafe nach § 319 Abs. 2 nicht erzwungen werden, wohl aber die bei dem Register einer Zweigniederlassung.[17] Dies erklärt sich daraus, daß es sich hier, wie in den sonstigen Fällen des § 319 Abs. 2, wo ebenfalls bei Versäumung von Anmeldungen zum Handelsregister ein Zwang durch Ordnungsstrafen nicht ausgeübt werden kann, um Fälle handelt, „in welchen der

[16] vgl. Makower § 304 V b.

[17] vgl. Goldmann § 304 Ziff. 5.

Rechtserfolg unbedingt von der Eintragung abhängig ist. Es besteht darnach schon eine anderweite, für ausreichend erachtete Nötigung zur Anmeldung".[18] Soll die Anmeldung zum Register einer Zweigniederlassung erzwungen werden, so besteht hierfür die Voraussetzung, daß die Eintragung beim Register des Sitzes der Gesellschaft bereits erfolgt ist; „andernfalls könnten sonst die Eintragungen gegen das Gesetz mittelbar erzwungen werden" (§ 13 Abs. 2).[19]

Der Anmeldung des Beschlusses über die Liquidationsausschließung ist der mit der übernehmenden Gesellschaft abgeschlossene Vertrag in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen (§ 304 Abs. 3). Gemeint hat das Gesetz hiermit den Veräußerungsvertrag sowie den Vertrag über die Liquidationsausschließung, und zwar ergibt sich dieses für den Veräußerungsvertrag daraus, daß der Registerrichter, bevor er die Liquidationsausschließung einträgt, prüfen muß, ob sie auch auf gesetzlicher Grundlage beruht, d. h. ob die Voraussetzungen gegeben sind, auf Grund deren eine Vereinbarung über die Liquidationsausschließung beschlossen werden kann. Dies läßt sich aber nur aus dem rechtsgültig geschlossenen Veräußerungsvertrage ersehen. Daß auch die Vereinbarung über die Liquidationsausschließung gemeint ist, ergibt sich daraus,

[18] Lehmann-Ring § 319 Nr. 3.

[19] Lehmann-Ring § 319 Nr. 3; vgl. Goldmann § 319 Ziff. 7.

daß der Beschluß über die Liquidationsausschließung vom Registerrichter auf seine Rechtsgültigkeit hin zu prüfen ist.[20] Der Beschluß ist aber nur rechtsgültig, wenn die Vereinbarung über die Liquidationsausschließung wirklich stattgefunden hat. Außerdem ist nach § 259 Abs. 2 eine öffentlich beglaubigte Abschrift der Protokolle über die beiden Generalversammlungsbeschlüsse der übertragenden Gesellschaft von dem Vorstande zum Handelsregister einzureichen, soweit er dies noch nicht getan hat. Daß der Zustimmungsbeschluß der Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft zu dem Fusionsvertrage beizufügen ist, ergibt sich auch daraus, daß § 304 das Vorliegen eines für beide Teile bindenden Veräußerungsvertrages voraussetzt.[21] Für die übertragende Gesellschaft ist er aber nur bindend, wenn die Generalversammlung zugestimmt hat. Für die übernehmende Gesellschaft ist er dagegen grundsätzlich schon bindend, wenn der Vorstand ihn abgeschlossen hat. Wird aber die von der übernehmenden Gesellschaft zu gewährende Gegenleistung durch Erhöhung des Grundkapitals aufgebracht, so ist, wie in § 6 dargelegt, der Fusionsvertrag erst mit der Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses für die übernehmende Gesellschaft bindend. Infolgedessen ist auch der Nachweis der Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses der Anmeldung

[20] vgl. Litthauer-Mosse § 304 Anm. 5.

[21] vgl. Makower § 304 Vf.; Lehmann-Ring § 304 Nr. 3; Goldmann § 304 Ziff. 5.

des Liquidationsausschließungsbeschlusses beizufügen. Das Entsprechende gilt dann, wenn die Fusion eine Statutenänderung der übernehmenden Gesellschaft voraussetzt.[22]

§ 8.

Die Generalversammlung der übernehmenden Gesellschaft und die Erhöhung des Grundkapitals.

Eine Zustimmung zu dem Fusionsvertrage seitens der Generalversammlung der übernehmenden Gesellschaft ist an sich nicht erforderlich. Doch muß man hierbei unterscheiden, ob die Gegenleistung der übernehmenden Gesellschaft, d. h. die Gewährung von Aktien, erfolgt durch Aktien, die sich gerade im Besitz der Aktiengesellschaft befinden, oder durch neue Aktien, die erst durch Erhöhung des Grundkapitals der übernehmenden Gesellschaft aufgebracht werden,[1] oder ob die Fusion eine sonstige Abänderung des Gesellschaftsvertrages erfordert.

Im ersten Falle ist die Generalversammlung nach § 253 Abs. 2 vom Vorstande nur dann zu berufen, wenn

---

[22] vgl. Lehmann-Ring § 306 Nr. 3; Makower § 306 IIIa, 3; v. Ziegler S. 115; and. A. Staub, der den Nachweis der Eintragung des Erhöhungsbeschlusses de lege ferenda sehr beachtlich findet, nach der Fassung des Gesetzes aber nicht für erforderlich hält.

[1] Vgl. Goldmann § 301 Ziff. 3.

das Interesse der Gesellschaft es erfordert. Streitig ist nun, was das Gesetz hier unter Interesse versteht. Nach dem Beschlusse des 27. Deutschen Juristentages hat der Vorstand der Aktiengesellschaft nach seinem pflichtgemäßen Ermessen im Rahmen der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns je nach Lage des Einzelfalles und unter Berücksichtigung aller Interessen der Gesellschaft zu entscheiden, ob eine Generalversammlung zu berufen ist oder nicht.[2] Diese Formulierung ist jedoch zu allgemein gehalten und für die Praxis infolgedessen nicht zu verwerten. Klar und für die Praxis durchaus brauchbar ist die Ansicht Staubs.[3] Nach ihm ist der Vorstand verpflichtet, die Generalversammlung in den Fällen einzuberufen, wenn es sich um Eingehung ungewöhnlicher Geschäfte handelt. Als solche kommen besonders Geschäfte in Betracht, die den Bestand der Gesellschaft in Frage stellen. — Handelt es sich um die Übernahme einer kleinen und wohlfundierten Aktiengesellschaft, deren Geschäftsbetrieb durchaus in den Rahmen der Gesellschaft paßt, so wird dies regelmäßig nicht zu den außergewöhnlichen Geschäften zu rechnen sein. Wird dagegen ein schlecht fundiertes oder schwer zu überschendes Unternehmen oder ein solches, das nicht in die Branche der übernehmenden Gesellschaft schlägt, übernommen oder sind zahlreiche Passiva vorhanden, so ist

---

[2] Goldmann § 246 Ziff. 11 Anm.

[3] Staub § 254 Anm. 4.

die Generalversammlung der übernehmenden Gesellschaft stets zu berufen. Die Tätigkeit der Generalversammlung besteht darin, den vom Vorstand abgeschlossenen Fusionsvertrag zu genehmigen. An sich ist seine Gültigkeit unabhängig von der Zustimmung der Generalversammlung. Nur die Nichtbeachtung der Vorschrift, die Generalversammlung zu berufen, wenn es im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist, macht den Vorstand nach § 241 Abs. 2 für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich.[4] In gleicher Weise wie der Vorstand ist auch der Aufsichtsrat der Gesellschaft verpflichtet, die Generalversammlung zu berufen, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist. Tut er dies nicht, so macht er sich nach § 249 schadensersatzpflichtig.

Anders liegt der Fall, wenn die zu gewährenden Aktien durch Erhöhung des Grundkapitals der übernehmenden Gesellschaft aufgebracht werden. Während im vorigen Falle, auch wenn an sich eine Berufung der Generalversammlung im Interesse der Gesellschaft erforderlich war, die Außerachtlassung dieser Vorschrift die Gültigkeit des Vertrages selbst nicht berührte, ist hier der Vertrag erst wirksam, wenn der Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals gefaßt und eingetragen worden ist in das Handelsregister des Sitzes der übernehmenden Gesellschaft (§ 277 Abs. 3). Dies erklärt sich daraus, daß in dem Fusionsvertrage die übernehmende

---

[4] vgl. v. Ziegler S. 115.

Gesellschaft der übertragenden Gesellschaft neu auszugebende Aktien zusichert. Geschieht diese Zusicherung aber vor dem Beschlusse über die Erhöhung des Grundkapitals, so ist sie der Gesellschaft gegenüber unwirksam (§ 282 Abs. 2).[5] Ferner ergibt es sich auch aus § 279, der im Falle der Fusion anzuwenden ist, da diese stets eine Nichtbareinlage zum Gegenstande hat; denn nach § 279 Abs. 2 kann über ein derartiges „Abkommen" nur die Generalversammlung bestimmen.[6] — Erfordert die Fusion eine sonstige Abänderung des Gesellschaftsvertrages für die übernehmende Gesellschaft, so ist der Fusionsvertrag erst gültig, wenn die Generalversammlung mit Dreiviertelmajorität dieser Abänderung zugestimmt hat und dies in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft eingetragen ist. Denn ohne dies ist die Abänderung unmöglich, der Fusionsvertrag ist nicht rechtsgültig abgeschlossen, da vor der Eintragung in das Handelsregister der Vorstand kraft Gesellschaftsvertrages keinen Fusionsvertrag abschließen darf.

Werden also von der übernehmenden Gesellschaft Aktien durch Erhöhung des Grundkapitals gewährt, so finden, abgesehen von einigen Erleichterungen des § 305, die allgemeinen Vorschriften über die Erhöhung des Grundkapitals einer Aktiengesellschaft Anwendung. Die Erhöhung des Grundkapitals wird als eine Abänderung

[5] vgl. Goldmann § 305 Ziff. 3; Lehmann-Ring § 305 Nr. 5; Staub § 305 Anm. 9; Makower § 305 III a; Rehm S. 397.

[6] vgl. Lehmann-Ring § 305 Nr. 6; Makower § 305 III a.

des Gesellschaftsvertrages angesehen; eine solche bedarf nach § 278 der Zustimmung der Generalversammlung (Erhöhungsbeschluß). Falls der Gesellschaftsvertrag keine anderen Bestimmungen enthält, ist zur Gültigkeit des Beschlusses eine Mehrheit von drei Vierteilen des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals erforderlich. Über die Berufung der Generalversammlung und das Stimmrecht in derselben gilt das über die Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft Gesagte. Sind jedoch mehrere Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung ausgegeben,[7] so bedarf es neben dem Beschlusse der Generalversammlung eines in gesonderter Abstimmung gefaßten Beschlusses der Aktionäre jeder Gattung, wobei auch hier bei jedem einzelnen Beschluß obige qualifizierte Mehrheit verlangt wird (§ 278). Daß sämtliche vorhandenen Aktien voll eingezahlt sind, ist mit Rücksicht auf den besonderen Fall der Fusion nicht erforderlich (§ 305 in Verb. mit § 278 Abs. 1). Infolgedessen setzt auch § 305 den § 280 Abs. 2 außer Anwendung, wonach in der Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses die Versicherung der Volleinzahlung des bisherigen Aktienkapitals abzugeben ist. Eine Zeichnung der neu auszugebenden Aktien ist auch nicht erforder-

[7] Solche Aktien können schon bei der Gründung ausgegeben werden, indem z. B. die Aktionäre, die eine Bareinlage machen, eine höhere Dividende bekommen als diejenigen, die für eine Nichtbareinlage Aktien erhalten. Ferner wird bei Aktien verschiedener Emissionen dieser Fall häufig vorkommen.

lich, da ihre Destinatäre ja schon im Fusionsvertrage bestimmt sind. Das Bezugsrecht der Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft des § 282 ist ebenfalls hier nicht zu berücksichtigen. Dies in § 305 durch Anführung von § 282 ausdrücklich hervorzuheben, wäre wohl nicht erforderlich gewesen, da die Aktien bestimmt sind als Gegenleistung für die Übertragung des Vermögens im ganzen und somit in der Erhöhung des Grundkapitals zugleich ein Verzicht der Aktionäre auf ihr gesetzliches Bezugsrecht liegt.[8]

Wird das Grundkapital in der Weise erhöht, daß einerseits Aktien den Aktionären der übertragenden Gesellschaft für die Übertragung des Vermögens gewährt werden, andererseits aber auch noch andere Aktien neu ausgegeben werden, so finden nur für die Ausgabe der ersteren Aktien die erleichternden Bestimmungen des § 305 Anwendung.[9]

Der Inhalt des Beschlusses besteht in der Zustimmung zur Erhöhung des Grundkapitals. In diesem Beschlusse müssen, da es sich im Falle der Fusion um eine Nichtbareinlage handelt, nach § 279 der Gegenstand der Übernahme, die übertragende Aktiengesellschaft und der Betrag der für die Vermögensübernahme zu gewährenden Aktien festgesetzt werden. Eventuell sind auch noch die Vorschriften der §§ 207 u. 208 über die Nachgründung zur Anwendung zu bringen. Der Betrag

[8] vgl. Lehmann-Ring § 305 Nr. 7; Makower § 303 III b, 3.

[9] vgl. Makower § 305 III b, 1.

der zu gewährenden Aktien braucht durchaus nicht der gleiche zu sein wie die Höhe des Grundkapitals der übertragenden Gesellschaft, er kann höher oder niedriger sein. Regelmäßig wird der Fall so sein — da meistens die mächtigere Gesellschaft eine schwächere aufnimmt und infolgedessen die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft eine sichere und höher verzinsliche Kapitalanlage erhalten —, daß gegen mehrere alte Aktien eine neue Aktie gewährt wird. Sollen die auf die Kapitalserhöhung entfallenden Aktien für einen höheren als den Nennbetrag ausgegeben werden, so ist nach § 278 Abs. 3, der durch § 305 nicht außer Anwendung gesetzt worden ist, der Mindestbetrag, unter dem die Ausgabe nicht erfolgen soll, in dem Beschlusse über die Erhöhung des Grundkapitals festzusetzen. Geschieht dies nicht, so gelten sie als al pari ausgegeben.[10] Eine Ausgabe unter pari ist nach § 184 unzulässig. Die Bestimmung des § 278 Abs. 3 hat aber für den Fall der Fusion wenig Bedeutung, da bereits der Kapitalerhöhungsbeschluß den Betrag der zu gewährenden Aktien festsetzt und da ebenso die Gegenleistung hierfür, d. h. das gesamte Vermögen der übertragenden Gesellschaft, feststeht.[11]

Der Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals ist nach § 280 Abs. 1 von sämtlichen Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsrates zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Anmeldung er-

[10] v. Ziegler S. 117.

[11] vgl. Küfner S. 31; Korff S. 49.

folgt bei dem Gerichte, wo die übernehmende Gesellschaft ihren Sitz hat. Sind Zweigniederlassungen vorhanden, so hat die Eintragung ebenfalls in die Handelsregister der Zweigniederlassungen zu erfolgen. Über die Möglichkeit, die Anmeldung zu erzwingen, gilt das bei der Anmeldung des Liquidationsausschließungsbeschlusses Gesagte (s. § 7). Ein indirekter Zwang zur Eintragung in das Register des Sitzes der Gesellschaft besteht nur insofern, als nach § 277 der Erhöhungsbeschluß keine Wirkung hat, bevor er bei dem Handelsregister eingetragen worden ist.[12] Einen Zeitpunkt für die Anmeldung hat das Gesetz nicht bestimmt. Wird sie nicht rechtzeitig besorgt, ist unter Umständen der Vorstand und Aufsichtsrat nach den §§ 241 u. 249 verantwortlich. Der Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses ist nach § 259 Abs. 5 eine öffentlich beglaubigte Abschrift des Protokolls dieses Beschlusses der Generalversammlung beizufügen, sofern die Einreichung dieser Abschrift noch nicht vorher erfolgt ist.[13] Da, wie oben erwähnt, im Falle der Fusion auch neue Aktien ausgegeben werden können, ohne daß die alten Aktien voll eingezahlt sind, so entfällt natürlich auch die Bestimmung des § 280 Abs. 2, wonach in der Anmeldung die Versicherung abzugeben ist, daß das bisherige Grundkapital voll eingezahlt ist.

Mit der Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses kann

[12] vgl. Goldmann § 280 Ziff. 3.

[13] vgl. Makower § 277 I f.

nach § 285 die Anmeldung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals verbunden werden, und zwar kann dies zusammen auf einer Urkunde geschehen.[14] Erfolgt ist die Erhöhung dann, wenn der Fusionsvertrag sowie die Vereinbarung über die Liquidationsausschließung zwischen den beiden Gesellschaften abgeschlossen worden ist, die Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft hierzu die erforderliche Genehmigung erteilt hat, der Kapitalerhöhungsbeschluß von der übernehmenden Gesellschaft gefaßt worden ist und die oben erwähnten Eintragungen in das Handelsregister stattgefunden haben.[15] Die Anmeldung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals hat von den gleichen Personen wie die des Erhöhungsbeschlusses zu geschehen (§ 284 Abs. 1). Der Anmeldung ist beizufügen der Fusionsvertrag in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift (§ 305 Abs. 2), in dem der Gegenstand der Übernahme, die übertragende Gesellschaft und der Betrag der für die Vermögensübernahme zu gewährenden Aktien enthalten ist (§ 284 Abs. 2 Nr. 2 in Verb. mit § 279). Der Vertrag muß nach § 305 Abs. 2 von der übertragenden Gesellschaft bereits genehmigt sein; daraus folgt also, daß dem Gericht der Zustimmungsbeschluß der Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft vorgelegt werden muß. Der Zweck dieser Vorschrift ist, daß das Gericht vor der Eintragung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals

[14] vgl. Lehmann-Ring § 285 Anm.

[15] vgl. auch Lehmann-Ring § 305 Nr. 7.

prüfen soll, ob ein für beide Teile bindender Vertrag vorhanden ist. Dies ist aber nur der Fall, wenn die Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft zugestimmt hat. Ferner entspricht es dem Sinne von § 305, daß im Falle des § 306 auch der Beschluß über die Liquidationsausschließung sowie deren erfolgte Eintragung — denn ohne Eintragung hat er keine Gültigkeit — dem Registergerichte nachgewiesen wird.[16] Nicht erforderlich ist die Beifügung von Zeichnungsscheinen sowie des Verzeichnisses der Zeichner, da eine Zeichnung der Aktien im Falle der Fusion nicht stattfindet (§ 305 in Verb. mit §§ 281 u. 284 Abs. 2 Nr. 1). Ebenso braucht auch nicht die Erklärung abgegeben zu werden, daß der festgesetzte Barbetrag bezahlt ist, da die Gegenleistung besteht in der Übertragung des ganzen Vermögens und nicht in Geld[17] (§ 305 in Verb. mit §§ 284 Abs. 3 u. § 195 Abs. 3). Ferner ist nach § 284 Abs. 2 Nr. 3 der Anmeldung eine Berechnung der für die Gesellschaft durch die Fusion entstandenen Kosten beizufügen. Bedarf die Erhöhung des Grundkapitals mit Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens der staatlichen Genehmigung oder handelt es sich um die Ausgabe von Kleinaktien, wozu nach § 180 Abs. 2 der Bundesrat seine Genehmigung zu erteilen hat, so sind

---

[16] vgl. Makower § 305 III e, 3; § 306 III b, 1; Lehmann-Ring § 306 Nr. 5; Staub § 306 Anm. 10; Goldmann § 306 Ziff. 5; Korff S. 55.

[17] vgl. Staub § 305 Anm. 17.

auch die Genehmigungsurkunden der Anmeldung beizufügen.[18] Erzwungen werden kann die Anmeldung nur nach denselben Vorschriften wie die Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses.

Wird die Eintragung der erfolgten Kapitalserhöhung nicht vorgenommen, so ist der übertragenden Gesellschaft nach § 326 BGB. ein Rücktrittsrecht von dem gegenseitigen Vertrage gegeben; denn die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft können vor dieser Eintragung nicht Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft werden, die übernehmende Gesellschaft kommt demnach mit der ihr obliegenden Leistung in Verzug.[19]

Mit der Eintragung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals sind die Mitglieder der übertragenden Gesellschaft Mitglieder der übernehmenden Gesellschaft geworden. Daß sich bereits die Aktien in ihren Händen befinden, ist nicht erforderlich, nur haben sie nunmehr einen Anspruch gegenüber der übernehmenden Gesellschaft auf Aushändigung der Aktienurkunden.[20]

Eine weitere Folge der Eintragung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals besteht darin, daß von diesem Zeitpunkte der Übergang des Vermögens der Gesellschaft einschließlich der Schulden als erfolgt gilt, die Rechtspersönlichkeit der übertragenden Gesellschaft erloschen ist. Dieses ergibt sich daraus, daß § 306 den

---

[18] vgl. Goldmann § 306 Ziff. 8.

[19] vgl. v. Ziegler S. 143.

[20] vgl. Goldmann § 306 Ziff. 6.

§ 304 für entsprechend anwendbar erklärt. Nun bestimmt zwar § 304, daß schon mit der Eintragung des Beschlusses über die Liquidationsausschließung der Übergang als erfolgt gilt. Die Verschiebung auf den späteren Zeitpunkt der Eintragung der erfolgten Kapitalserhöhung folgt daraus, daß vor diesem Zeitpunkt das Grundkapital der übernehmenden Gesellschaft noch nicht erhöht ist, die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft also noch nicht Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft geworden sind. Bei der Verstaatlichung (§ 304) tritt als übernehmender Teil ein öffentlichrechtlicher Verband auf, die Gegenleistung besteht nicht in Aktien; infolgedessen ist keine Kapitalserhöhung erforderlich und der Eintritt des Überganges des Vermögens schon mit der Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses vollkommen gerechtfertigt. „Da aber anzunehmen ist, daß die Verschmelzung der vermögensrechtlichen und persönlichen Substrate der beiden Gesellschaften in demselben Augenblicke geschehen soll“,[21] so wird man die Verlegung des Zeitpunktes des Vermögensüberganges auf den Zeitpunkt der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals als dem § 304 „entsprechend“ bezeichnen müssen.[22]

---

[21] Staub § 306 Anm. 12.

[22] vgl. Lehmann-Ring § 306 Nr. 4; Goldmann § 306 Ziff. 6; Staub § 306 Anm. 12a; anders OLG. in Bad. Rechtspr. 70. Jahrg. Nr. 16 S. 197. Nach dieser Entscheidung erfolgt der Vermögensübergang schon mit Eintragung der Liquidationsausschließung.

Wird dagegen die Gegenleistung durch Aktien gewährt, die nicht durch Erhöhung des Grundkapitals aufgebracht werden, so erfolgt der Übergang des Vermögens bereits zu dem in § 304 bezeichneten Zeitpunkt, d. h. also mit der Eintragung des Beschlusses über die Liquidationsausschließung.[23]

§ 9.

Der Zwangsumtausch von Aktienurkunden.[1]

Ist die Eintragung der erfolgten Kapitalserhöhung geschehen, so sind, wie im vorigen Paragraphen ausgeführt, die Mitglieder der übertragenden Gesellschaft Mitglieder der übernehmenden Gesellschaft geworden. Sie haben jetzt einen Anspruch auf Aushändigung der Aktien gegen die übernehmende Gesellschaft. Die Ausgabe der neuen Aktien geschieht regelmäßig durch Umtausch der Aktien der aufgelösten Gesellschaft. Statt des Umtausches kann aber auch Stempelung oder ein anderes Verfahren angewendet werden.[2] Erfolgt der Umtausch trotz erfolgter Aufforderung nicht, so finden nach § 305 Abs. 3 die Vorschriften des § 290 über den Zwangsumtausch von Aktien entsprechende Anwendung.

Der Zwang wird dadurch ausgeübt, daß die Ge-

---

[23] vgl. v. Ziegler S. 143.

[1] vgl. Makower § 305 IV; Lehmann-Ring § 305 Nr. 8; Goldmann § 305 Ziff. 11.

[2] Makower § 305 IV.

sellschaft die Aktien, welche trotz erfolgter Aufforderung bei ihr nicht eingereicht werden, für kraftlos erklärt; zuständig hierfür ist im Falle des § 306 lediglich die übernehmende Gesellschaft, da erst nach Eintragung der erfolgten Kapitalserhöhung, also nach Untergang der übertragenden Gesellschaft, die neuen Aktien ausgegeben werden dürfen (§ 287) und vorher infolgedessen ein Umtausch der Aktien nicht stattfinden darf.

Für die Kraftloserklärung ist Voraussetzung, daß die Aktionäre zur Einreichung der Aktien aufgefordert worden sind mit der Androhung der Kraftloserklärung (§ 290). Diese Aufforderung muß dreimal in den Gesellschaftsblättern, d. h. im Deutschen Reichsanzeiger und in den durch den Gesellschaftsvertrag (§ 182 Abs. 3) bestimmten Blättern bekanntgemacht werden (§ 290 in Verb. mit § 219 Abs. 2). Die erste Bekanntmachung muß mindestens drei Monate, die letzte mindestens einen Monat vor dem Ablaufe der für die Kraftloserklärung gesetzten Frist erfolgen (§ 219 Abs. 2). Statt dessen genügt der einmalige Erlaß besonderer Aufforderung an die säumigen Aktionäre, wenn die Aktien nicht ohne Zustimmung der Gesellschaft übertragbar sind. In diesen Aufforderungen muß eine Nachfrist gewährt werden, die mindestens einen Monat von dem Empfang der Aufforderung an beträgt (§ 219 Abs. 2). Sind die alten Aktien für kraftlos erklärt, so sind die hierfür auszugebenden neuen Aktien für Rechnung der Beteiligten durch die Gesellschaft zum Börsenpreise und in Er-

manglung eines solchen durch öffentliche Versteigerung zu verkaufen. Der Erlös ist den Beteiligten auszuzahlen oder, sofern die Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden ist, zu hinterlegen (§ 290).

§ 10.

Zweckmäßige Reihenfolge der einzelnen vorzunehmenden Akte zur Durchführung der Fusion.[1]

Für die praktische Durchführung der Fusion wird am zweckmäßigsten die folgende Reihenfolge zu beobachten sein:

Zuerst schließen die Vorstände der beiden Gesellschaften den Veräußerungsvertrag unter Beobachtung der in § 311 vorgeschriebenen Form (gerichtliche oder notarielle Beurkundung) und verbinden mit diesem die Vereinbarung über die Liquidationsausschließung. Ist letztere nicht sogleich mit dem Veräußerungsvertrage abgeschlossen worden, so ist dies so bald als möglich nachzuholen. Darauf faßt die Generalversammlung der übernehmenden Gesellschaft, falls die an die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft zu gewährenden Aktien durch Erhöhung des Grundkapitals aufgebracht werden, den Kapitalserhöhungsbeschluß und läßt diesen ins Handelsregister zu seiner Gültigkeit eintragen. Erst hierdurch tritt für die übernehmende Gesellschaft, wie

[1] Die Reihenfolge ist unter Benutzung von Makower, § 205 V; Staub § 306 Anm. 5—7; Goldmann § 306 Ziff. 5 meiner Ansicht entsprechend zusammengestellt.

in § 8 erörtert, die Bindung an den Vertrag ein. Erst dann faßt am besten die übertragende Gesellschaft den Zustimmungsbeschluß zu dem Veräußerungsvertrag. Diese Reihenfolge ist deshalb zu empfehlen, weil der Zustimmungsbeschluß der Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft zu dem Veräußerungsvertrage die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hat. In umgekehrter Reihenfolge würde demnach die übertragende Gesellschaft aufgelöst werden und Gefahr laufen, daß die Generalversammlung der übernehmenden Gesellschaft nicht den Erhöhungsbeschluß faßt. Wird aber trotzdem der Zustimmungsbeschluß der übertragenden Gesellschaft zu dem Fusionsvertrage vor dem Kapitalserhöhungsbeschluß gefaßt, so ist wenigstens zu empfehlen, den Zustimmungsbeschluß der übertragenden Gesellschaft zu dem Vertrage unter der Bedingung zu fassen,[2] daß die übernehmende Gesellschaft innerhalb einer bestimmten Frist den Kapitalserhöhungsbeschluß faßt. Zu gleicher Zeit hat am besten die Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft der Vereinbarung über die Liquidationsausschließung zuzustimmen. Hierauf erfolgt dann die Anmeldung der Auflösung der übertragenden Gesellschaft durch den Vorstand zur Eintragung ins Handelsregister. Hiermit kann nach § 304, Abs. 4 die Anmeldung des Beschlusses über die Liquidationsausschließung verbunden werden. Zu beachten ist aber hierbei, daß dieser Beschluß nicht vor der Eintragung

[2] Staub § 305 Anm. 9.

des Kapitalserhöhungsbeschlusses angemeldet werden kann; denn bei der Anmeldung des Liquidationsausschließungsbeschlusses ist der Nachweis zu bringen, daß der Kapitalserhöhungsbeschluß eingetragen ist (s. auch § 7). Der Beschluß über die Liquidationsausschließung bedarf zur Gültigkeit der Eintragung.

Ist dies geschehen, so ist die erfolgte Kapitalserhöhung anzumelden.

D. Wirkungen der Fusion.

§ 11.

Die Gesamtrechtsnachfolge.

Nach Vornahme der im vorigen Paragraphen erwähnten Handlungen ist die Fusion der übertragenden Gesellschaft mit der übernehmenden vollzogen. Die Wirkung der vollzogenen Verschmelzung ist eine Gesamtrechtsnachfolge in das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft durch die übernehmende Gesellschaft.

Unter Gesamtrechtsnachfolge versteht man die Nachfolge in ein Vermögen als Ganzes in der Weise, daß das Vermögen als solches übertragen wird, ohne daß es einer Übertragungshandlung der einzelnen Vermögensgegenstände bedarf.[1] Der typische Fall in dem modernen Recht ist der Erbgang. Nach Art des Erbganges ist in der deutschen Gesetzgebung der Anfall des Vereins-

[1] vgl. v. Schwerin S. 10.

vermögens eines aufgelösten Vereins an den Fiskus (§ 46 BGB.), der Fall der Verstaatlichung (§ 304) und die Fusion mit Ausschluß der Liquidation (§ 306) behandelt. In allen diesen Fällen geht das Vermögen als Ganzes auf den Erwerber über. Dies bedeutet, daß die Vermögensübernahme eine Persönlichkeitsnachfolge, eine „successio in personam“ ist. „Das bedeutet, daß die Fusion den Eintritt in alle vermögensrechtlich gearteten Rechtsverhältnisse der übertragenden Gesellschaft herbeiführt, auch in den Besitz, auch in die Schulden.“[2]

Daß eine solche Gesamtrechtsnachfolge im Falle des § 306 vorliegt, ergibt sich daraus, daß § 304, der nach § 306 entsprechend anwendbar ist, ausdrücklich die Fiktion aufstellt, daß der Übergang des Vermögens einschließlich der Schulden — um jeden Zweifel auszuschließen, werden diese hier besonders erwähnt — mit der Eintragung des Beschlusses über die Liquidationsausschließung, unter „entsprechender“ Anwendung des § 306 also mit Eintragung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals als erfolgt gilt (s. auch § 9 a. E.).[3] Mit dieser Eintragung ist die Rechtspersönlichkeit der übertragenden Gesellschaft erloschen; sie ist also nicht mehr ein vermögensfähiges Subjekt, die alte Gesellschaft ist in der übernehmenden Gesellschaft aufgegangen, oder wie Wiener sagt: „die bisherige Person der Aktien-

[2] Sohm S. 41 u. 42.

[3] vgl. Goldmann § 306 Ziff. 6, § 304 Ziff. 6; Lehmann-Ring § 306 Nr. 6, § 304 Nr. 4.

gesellschaft wird durch Universalsukzession der aufnehmenden Gesellschaft in ihr Vermögen erledigt".[4] Aktiva und Passiva der aufgelösten Gesellschaft sind auf die übernehmende Gesellschaft übergegangen, diese setzt die Rechtspersönlichkeit der aufgelösten Gesellschaft fort.[5]

Im folgenden sollen die Wirkungen der Gesamtrechtsnachfolge auf die einzelnen Vermögensstücke betrachtet werden.

Was zunächst die Forderungen anlangt, die der aufgelösten Gesellschaft zustanden, so sind diese durch die erfolgte Fusion ipso iure auf die übernehmende Gesellschaft übergegangen. Einer Abtretung nach §§ 398 ff. bedarf es nicht; der Nachweis der nach § 306 erfolgten Fusion legitimiert zur Geltendmachung der Forderung. Die Forderung steht der übernehmenden Gesellschaft in derselben Weise zu wie der aufgelösten. Dies bestätigt eine Reichsgerichtsentscheidung, in der ausdrücklich hervorgehoben wird, daß durch die Fusion nichtfällige Forderungen nicht fällig werden, besondere zugunsten der Gesellschaft vereinbarte Zahlungsmodalitäten nicht hinfällig, schwebende Verhältnisse nicht zu akuten Lösungen geführt werden.[6] Nicht etwa ist § 412 BGB. anwendbar, wonach auf die Übertragung einer Forderung kraft Gesetzes die Vorschriften der §§ 399—404 und

[4] Wiener S. 372; KGJ. Bd. 11 S. 131.

[5] Pinner § 304 III.

[6] RG. Bd. 9 S. 14.

406—410 entsprechende Anwendung finden; denn hier handelt es sich um keine gesetzliche Übertragung der Forderung, es wird „nicht der Vertrag durch das Gesetz ersetzt“,[7] sondern die Übertragung hat lediglich ihren Grund in der Gesamtrechtsnachfolge, die auf einem „Vertrag“ beruht.[8]

Hinsichtlich der Schulden gilt ebenfalls die Gesamtrechtsnachfolge. Die Befriedigung der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft liegt der übernehmenden Gesellschaft ob; nach § 304 geht das Vermögen einschließlich der Schulden auf die übernehmende Gesellschaft über. Da also der Übergang der Schulden auf der Gesamtrechtsnachfolge beruht, liegt keine Schuldübernahme nach BGB. § 414 oder § 415 vor; denn § 414 würde einen Vertrag mit der übernehmenden Gesellschaft und dem Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft voraussetzen; ein solcher Vertrag liegt aber nicht vor. Ein Vertrag nach § 415 ist aber auch nicht geschlossen, da es sich eben um eine Gesamtrechtsnachfolge handelt und infolgedessen, ohne daß zwischen beiden Gesellschaften in dem Fusionsvertrage über die Schulden der übertragenden Gesellschaft eine Bestimmung getroffen wird, die Schulden auf die übernehmende Gesellschaft übergehen. Außerdem würde die Wirksamkeit einer Schuldübernahme von der Genehmigung des Gläubigers abhängen. Würde sie nicht

[7] v. Ziegler S. 141.

[8] vgl. Staub § 306 Anm. 13.

erteilt, so würde der abgeschlossene Vertrag als Erfüllungsübernahme nach § 329 BGB. gelten. Da aber von einer Genehmigung des Gläubigers hier keine Rede sein kann, liegt eine Schuldübernahme überhaupt nicht vor. Infolgedessen ist auch nicht § 418 BGB. anwendbar, wonach die für die Forderung gestellten Bürgschaften und Pfandrechte infolge der Schuldübernahme erlöschen. Die Forderung bleibt vielmehr mit allen ihren Nebenrechten bestehen.[9] Eine Vermögensübernahme im Sinne von § 419 BGB. liegt hier auch nicht vor, denn § 419 setzt voraus die Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners, d. h. also der aufgelösten Gesellschaft. Die aufgelöste Gesellschaft ist aber nicht mehr existent, infolgedessen § 419 nicht anwendbar. Die übernehmende Gesellschaft haftet vielmehr nicht bloß in Höhe des übernommenen Vermögens (§ 419), sondern mit ihrem ganzen Vermögen für die Schulden der aufgelösten Gesellschaft, ohne daß sich diese Haftung wie beim Erben auf den Bestand des übernommenen Vermögens beschränken läßt. Eine entgegenstehende Vereinbarung wäre nichtig. Das Gesetz hat dies zwar nicht ausdrücklich bestimmt, es erklärt sich aber daraus, daß die Gläubigerschutzvorschriften des § 306 nur dann Zweck haben, wenn eine volle Haftung der Übernehmerin besteht.[10]

---

[9] vgl. Pinner § 304 III.

[10] vgl. Lehmann-Ring § 304 Nr. 4; Pinner § 304 III; Makower § 304 IV d, 3; Staub § 304 Anm. 8.

Eine beschränkte Anwendbarkeit des § 419 ist jedoch dann gegeben, wenn eine Erhöhung des Grundkapitals auf seiten der übernehmenden Gesellschaft stattfindet. Wie oben dargelegt, tritt in diesem Falle die Gesamtrechtsnachfolge erst mit der Eintragung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals ein; der Vertrag über die Vermögensübernahme ist aber schon mit der Eintragung des Erhöhungsbeschlusses bindend geworden. In dieser Zwischenzeit haftet nach § 419 den Gläubigern der übertragenden Gesellschaft sowohl diese wie auch die übernehmende Gesellschaft, und zwar letztere bis zur Eintragung der erfolgten Kapitalserhöhung nur bis zur Höhe des übernommenen Vermögens.[11]

Die Lieferungsverträge der aufgelösten Gesellschaft mit Dritten werden durch die Fusion nicht berührt, jedoch ist unter Umständen die sogenannte clausula rebus sic stantibus anzuwenden (BGB. § 321). Hiernach kann derjenige, der aus einem gegenseitigen Vertrage vorzuleisten verpflichtet ist, dann, wenn nach dem Abschlusse des Vertrages in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird, die ihm obliegende Leistung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird.[12] — Dadurch, daß infolge der Fusion die

[11] vgl. v. Ziegler S. 143.

[12] vgl. v. Ziegler S. 141.

Rechtspersönlichkeit der übertragenden Gesellschaft untergeht und infolgedessen diese außerstande ist, die ihr obliegende Leistung zu erfüllen, ist bei einem gegenseitigen Vertrage nicht die Anwendbarkeit des § 325 BGB. (Unmöglichkeit der Leistung infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes) für den Vertragsgegner gegeben; denn die Rechtspersönlichkeit der aufgelösten Gesellschaft wird durch die übernehmende Gesellschaft fortgesetzt; außerdem ist die Fusion mit der Auflösung der übertragenden Gesellschaft eine vom Gesetz zugelassene, also „gesetzliche und nicht eine vom Schuldner zu vertretende Folge".[13]

Ist ein Bürgschaftsvertrag zwischen dem Bürgen und der aufgelösten Gesellschaft als Gläubigerin eines Dritten abgeschlossen worden, so stehen die Rechte aus diesem Vertrage nach erfolgter Fusion natürlich jetzt der übernehmenden Gesellschaft zu. Ist der Bürgschaftsvertrag geschlossen worden für alle Schulden, die die aufgelöste Gesellschaft mit dem Hauptschuldner kontrahiert, so ist es Auslegungsfrage, ob der Bürgschaftsvertrag gültig bleibt für die künftigen Schulden des Hauptschuldners. Enthält der Bürgschaftsvertrag keine Bestimmungen hierüber, so muß er wohl als erloschen gelten, da der Bürgschaftsvertrag doch nur nach dem Willen der Kontrahenten für die aufgelöste Gesellschaft unter Berücksichtigung der von ihr ausgeübten Ge-

---

[13] v. Ziegler S. 141.

schäftsleitung, pekuniären Lage und Erfolge geschlossen worden ist, eine Garantie für das fernere Prosperieren des Unternehmens aber nicht gegeben ist.[14]

Orderpapiere, die auf die aufgelöste Gesellschaft lauten, brauchen nicht indossiert zu werden auf die übernehmende Gesellschaft. Wird das Orderpapier durch die übernehmende Gesellschaft weiterindossiert, so ist das Indossament vollgültig; es ist nicht erforderlich, daß die Rechtsnachfolge erst auf dem Wechsel amtlich beglaubigt oder sonst beurkundet wird, der Nachweis der Rechtsnachfolge kann auch anderweit geführt werden.[15]

Die Annahme eines Wechsels (Art. 21 WO.), auf dem als Bezogene die aufgelöste Gesellschaft bezeichnet ist, kann durch die übernehmende Gesellschaft geschehen; denn diese setzt ja die aufgelöste Gesellschaft fort.[16]

Ist die aufgelöste Gesellschaft Indossatarin des Wechsels und nach Art. 36 WO. als Eigentümerin durch eine bis auf sie herabreichende Reihe von Indossamenten legitimiert, so stehen der übernehmenden Gesellschaft dieselben Rechte zu wie der aufgelösten. Der Erwerb des Wechsels erzeugt die entsprechenden Wirkungen wie bei der Zession. Erstere muß also alle Einwendungen, die ein Wechselschuldner gegen die auf-

[14] vgl. v. Ziegler S. 143.

[15] Staub, WO. Art. 36 Anm. 14.

[16] Staub, WO. Art. 21 Anm. 4.

gelöste Gesellschaft hatte, gegen sich gelten lassen, und zwar gilt dies auch dann, wenn der Wechsel vor erfolgter Fusion von der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende indossiert worden ist.[17]

Bei Inhaberpapieren ist zum Erwerb des Eigentums nicht die Übergabe des Papieres erforderlich, der Eigentumserwerb ist hier zu beurteilen wie der bei beweglichen Sachen im Falle der Fusion nach § 306.

An sich ist zum Erwerbe des Eigentums an beweglichen Sachen, abgesehen von den Traditionssurrogaten der §§ 929 Satz 2 u. 930 f., nach § 929 BGB. Übergabe und Einigung darüber, daß Eigentum übergehen soll, erforderlich. Die Einigung liegt in dem Abschlusse des Fusionsvertrages, eine Übergabe ist jedoch nicht erforderlich, da die übernehmende Gesellschaft, sobald die Verschmelzung der beiden Gesellschaften vollzogen ist, d. h. mit Eintritt der Gesamtrechtsnachfolge, ohne weiteres das Eigentum an den beweglichen Sachen erwirbt.

Das gleiche gilt vom Eigentumserwerb an Grundstücken. Die nach § 925 in Verb. mit § 873 BGB. erforderliche Auflassung ist hier nicht erforderlich. Auch hier ist mit Eintritt der Gesamtrechtsnachfolge ohne weiteres die Gesellschaft Eigentümerin der Grundstücke geworden. Infolgedessen ist das Grundbuch, da als Eigentümerin noch die aufgelöste Gesellschaft ein-

---

[17] vgl. Staub, WO. Art. 9 Anm. 10.

getragen ist, unrichtig geworden, und es kann nach § 22 GBO. oder § 894 BGB. die Berichtigung des Grundbuches verlangt werden.[18] Nach § 894 ist hierzu die Bewilligung desjenigen, dessen Recht von der Berichtigung betroffen wird, erforderlich; es müßte also die aufgelöste Gesellschaft ihre Einwilligung hierzu geben. Dies ist aber nicht möglich, da die übertragende Gesellschaft bereits untergegangen ist. Nach Turnau-Förster wird diese Schwierigkeit dadurch umgangen, daß der Vorstand der übernehmenden Gesellschaft als Vertreter des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft die Eintragung der Erwerberin als Eigentümerin bewilligt und als Vertreter der Erwerberin beantragt.[19] Nach § 22 GBO. gibt es aber noch eine andere Möglichkeit, die Unrichtigkeit des Grundbuches nachzuweisen. Die Unrichtigkeit des Grundbuches ist hier dem Grundbuchamte, d. i. dem Amtsgericht des belegenen Grundstückes, durch den Eintritt der Gesamtrechtsnachfolge nachzuweisen. Genügen hierzu werden regelmäßig Auszüge über die Eintragung der zur Fusion nötigen Beschlüsse in das Handelsregister, wie des Auflösungsbeschlusses, Liquidationsausschließungsbeschlusses, Kapitalserhöhungsbeschlusses, sowie der Auszug über die Eintragung der erfolgten Kapitalserhöhung. Jedoch kann das Grund-

[18] vgl. OLG. bei Holdheim 9. Jahrg. 1900 Nr. 10 S. 226; Makower § 304 IV d, 2; Lehmann-Ring § 306 Nr. 6; Goldmann § 306 Ziff. 6; Staub § 306 Anm. 13; KGJ. Bd. 11 S. 129ff.

[19] Turnau-Förster S. 449; vgl. Biermann S. 33.

buchamt auch noch die Vorlegung der sonstigen auf die Fusion bezüglichen Urkunden, wie des Fusionsvertrages usw., verlangen.[20] Der Nachweis der erforderlichen Eintragungen wird regelmäßig durch eine öffentlich beglaubigte Abschrift geführt werden (§ 9 GBO.). Jedoch werden die Vorschriften der §§ 33 ff. GBO. analog angewendet werden können, wonach der Nachweis durch ein Zeugnis des Gerichtes über die Eintragung geführt werden kann, und ist das Grundbuchamt zugleich das Registergericht, so genügt statt des Zeugnisses die Bezugnahme auf das Register.[21]

Für Hypotheken, Grund- und Rentenschulden sowie Rechte an Grundstücken gilt das über die Berichtigung des Grundbuches zur Herbeiführung der Eintragung des neuen Eigentümers Gesagte. Zu beachten ist ferner, daß über eine für die aufgelöste Gesellschaft eingetragene Hypothek von der übernehmenden Gesellschaft verfügt werden kann, ohne daß letztere vorher in das Grundbuch eingetragen zu werden braucht.[22] Dies hat eine Entscheidung des Kammergerichts ausdrücklich anerkannt.[23] In dem diesem zur Beurteilung vorgelegten Falle handelt es sich um die Löschung einer Hypothek, die zugunsten der übertragenden Gesellschaft eingetragen war. Darnach bedarf es zur Zulassung eines

---

[20] vgl. Bauer 14. Jahrg. Nr. 6 S. 133.

[21] Makower § 304 IV d.

[22] Makower § 304 IV d.

[23] OLGR. Bd. 11 Nr. 29- 31 S. 35, Entsch. d. KG. I. Zivilsenat.

Löschungsantrages, der die Einwilligung des Berechtigten erfordert, nicht erst der Eintragung der übernehmenden Gesellschaft. Nach § 40 GBO. soll allerdings eine Eintragung nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. Eine solche Eintragung ist im Falle der Fusion aber nicht erforderlich, da die übernehmende Gesellschaft kraft Gesetzes, ohne daß es noch besonderer Übertragungsakte bedarf, in die sämtlichen einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten der aufgelösten Gesellschaft eintritt; ihr stehen somit auch die Gläubigerrechte der aufgelösten Gesellschaft zu. Es ist nur erforderlich, daß dies dem Grundbuchamte nachgewiesen wird in der oben zur Berichtigung des Grundbuches dargelegten Weise.

Prozesse, in denen die übertragende Gesellschaft die Rolle des Klägers oder Beklagten einnimmt, werden durch die Fusion unterbrochen und wieder aufgenommen nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 239 ff. ZPO. § 239 handelt zwar nur von dem Fall des Todes einer Partei. Dem Tode einer physischen Person sind im Sinne von §§ 239 ff. die Fälle der Auflösung einer juristischen Person jedenfalls dann gleichzustellen, wenn diese Auflösung eine Universalsukzession zur Folge hat.[24] Zu beachten ist hierbei, daß eine Unterbrechung des Verfahrens nur dann eintritt, wenn die Partei durch einen

[24] RG. Bd. 56 S. 332.

Prozeßbevollmächtigten nicht vertreten ist. Ist dies dagegen der Fall, so kann das Gericht auf Antrag des Bevollmächtigten und auch des Gegners die Aussetzung des Verfahrens anordnen (§ 246 ZPO.). Liegt bereits ein rechtskräftiges Urteil vor, so wirkt es, wenn danach die Fusion erfolgt, nach § 325 ZPO. auch für oder gegen die übernehmende Gesellschaft; denn § 325 ZPO. gilt auch für und gegen den Universalsukzessor. Infolgedessen kann nach § 727 ZPO. auch für und gegen die übernehmende Gesellschaft die vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden.[25]

Was schließlich die Firma der aufgelösten Gesellschaft anlangt, so bestimmt § 304 Abs. 5, daß die Firma der Gesellschaft mit Eintragung des Beschlusses der Generalversammlung über die Liquidationsausschließung erlischt. Unter entsprechender Anwendung von § 304 Abs. 5 tritt, falls mit der Fusion eine Kapitalserhöhung verbunden ist, dieser Zeitpunkt erst mit der Eintragung der erfolgten Kapitalserhöhung ein. Nach § 31 Abs. 2 in Verb. mit § 29 ist das Erlöschen der Firma von der aufnehmenden Gesellschaft, nicht von der übertragenden Gesellschaft, da erst in dem Momente, wo der Übergang des Vermögens erfolgt, also die übertragende Gesellschaft bereits untergegangen ist, die Firma erlischt und die übernehmende Gesellschaft die

---

[25] vgl. Staub § 306 Anm. 13; Lehmann-Ring § 306 Nr. 6; v. Ziegler S. 142; RG. Bd. 56 S. 331 f.

Persönlichkeit der aufgelösten Gesellschaft fortsetzt, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Kann die Anmeldung durch die hierzu Verpflichteten durch Ordnungsstrafen nicht herbeigeführt werden, so hat das Gericht das Erlöschen von Amts wegen einzutragen.[26] Als zulässig muß die Vereinbarung zwischen den beiden Gesellschaften erachtet werden, daß die Firma auf die übernehmende Gesellschaft übergeht.[27] In diesem Falle ist eine Änderung des Gesellschaftsvertrages der letzteren erforderlich; denn § 182 Abs. 2 Nr. 2 verlangt, daß der Gesellschaftsvertrag die Firma der Gesellschaft bestimmt. Wird diese also geändert, muß der Gesellschaftsvertrag abgeändert werden.

§ 12.

Die Gläubigerschutzvorschriften.

Nach erfolgter Fusion haftet, wie im vorigen Paragraphen dargelegt, die übernehmende Gesellschaft für die Schulden der aufgelösten Gesellschaft im vollen Umfange. Dies kann für die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft, falls letztere sich in Vermögensverfall befand, eine willkommene Gelegenheit sein, Befriedigung für ihre Forderungen zu erhalten. Ist dagegen die über-

---

[26] vgl. Goldmann § 306 Ziff. 6, der jedoch nicht eine Anmeldung durch die „aufnehmende" Gesellschaft verlangt; anders Makower § 304 IV d, 4; Lehmann-Ring § 306 Nr. 6.

[27] vgl. Staub § 306 Anm. 13.

tragende Gesellschaft ein wohlfundiertes Unternehmen, die übernehmende dagegen nicht, so wären die Gläubiger der ersteren, wenn sie auf eine Stufe mit den Gläubigern der letzteren gestellt würden, sehr im Nachteil. Um dies zu verhüten, hat § 306 die Beobachtung von Gläubigerschutzvorschriften vorgeschrieben, durch die bis zur Befriedigung der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft das Vermögen der letzteren noch ein von dem Vermögen der aufnehmenden Gesellschaft gesondertes Dasein führt. Die näheren Bestimmungen sind folgende:

Nach § 306 Abs. 2 ist das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft durch die übernehmende Gesellschaft getrennt zu verwalten, d. h. also, das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft darf noch nicht tatsächlich mit dem der übernehmenden Gesellschaft vereinigt werden. Es ist eine getrennte Geschäftsführung erforderlich; die Geschäftsbücher müssen so geführt werden, als ob eine Fusion überhaupt nicht stattgefunden hätte. Ebenso muß eine gesonderte Bilanz am Ende des Geschäftsjahres für die aufgelöste Gesellschaft aufgestellt werden. Hiermit soll aber nicht gesagt sein, daß die Geschäftsräume beider Gesellschaften getrennt sein müssen, oder daß die Beamten der übernehmenden Gesellschaft nicht das übernommene Vermögen verwalten dürfen, nein, im Gegenteil, die Beobachtung dieser Vorschrift des § 306 Abs. 2 liegt den die übernehmende Gesellschaft vertretenden Organen, dem Vorstand und Aufsichtsrat der

übernehmenden Gesellschaft ob, und sie sind im Falle der Nichtbefolgung dieser Vorschrift schadenersatzpflichtig.[1]

Außer der tatsächlichen Trennung der beiden Vermögensmassen besteht auch eine rechtliche Trennung der beiden Vermögensmassen, soweit es sich um die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft handelt.[2] Dies ergibt sich aus der Vorschrift des § 306 Abs. 4, wonach im Verhältnisse der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft zu der übernehmenden Gesellschaft und deren übrigen Gläubigern das übernommene Vermögen noch als Vermögen der aufgelösten Gesellschaft gilt bis zu dem Zeitpunkte, wo nach Abs. 5 die Vereinigung der beiden Vermögen erfolgen darf. „Die Nachfolge der aufnehmenden Gesellschaft in das Vermögen der aufhörenden erfolgt unter Fortsetzung der Persönlichkeit der letzteren in bestimmten vermögensrechtlichen Beziehungen, solange die tatsächliche Trennung aufrechterhalten bleibt."[3] Das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft führt ein Sonderdasein zugunsten der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft. Es wird hier fingiert, daß die ursprüngliche Gesellschaft noch besteht. Die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft haben demnach das Recht, aus

---

[1] vgl. Makower § 306 III c, 1; Goldmann § 306 Ziff. 8 Staub § 306 Anm. 11; Lehmann-Ring § 306 Nr. 8; v. Ziegler S. 176.

[2] vgl. Makower § 306 III c, 1.

[3] Wiener S. 376.

dem von der aufgelösten Gesellschaft vorhandenen Vermögen in erster Linie befriedigt zu werden, also vor den Gläubigern der übernehmenden Gesellschaft, mögen auch deren Forderungen früher entstanden sein als die der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft oder aus Verbindlichkeiten, die erst nach vollzogener Fusion entstanden sind. Werden andere Gläubiger als die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft aus dem früheren Vermögen der letzteren befriedigt, so haben die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft das Recht des Widerspruches.[4]

Wird eine Sache, welche zu diesem Gesellschaftsvermögen gehört, von einem Gläubiger, der nicht Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft war, gepfändet, so haben die Gläubiger der letzteren nach § 771 ZPO. ein Widerspruchsrecht. „Dies ist wegen der durch das Gesetz vorgeschriebenen Reservierung des Vermögens der übertragenden Gesellschaft zugunsten ihrer Gläubiger anzunehmen, insbesondere da § 771 auch obligatorische Rechte schützt.“[5] Im vorliegenden Falle kann im Sinne von § 771 auch der Vorstand der übernehmenden Gesellschaft als Vertreter der Gläubiger der übertragenden

---

[4] vgl. Goldmann § 306 Ziff. 10.

[5] Staub § 306 Anm. 19; vgl. Goldmann § 306 Ziff. 10; Lehmann-Ring § 306 Nr. 10; Pinner § 306 IV, 2c; Makower § 306 III c, 3.

Gesellschaft auftreten, da dieser auch als Vertreter der untergegangenen Gesellschaft gilt.[6]

Eine weitere sehr bedeutsame Bedeutung hat der § 306 Abs. 4 für den Fall der Konkurseröffnung, und zwar sind dadurch, daß im Verhältnisse der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft zu der übernehmenden Gesellschaft und deren übrigen Gläubigern das übernommene Vermögen noch als Vermögen der aufgelösten Gesellschaft gilt, die Gläubiger der letzteren sichergestellt; denn hierdurch ist die Möglichkeit eines besonderen Konkurses[7] anerkannt, während noch nach Art. 247 des alten deutschen Handelsgesetzbuches es zweifelhaft und nach der Ansicht Staubs[8] zu verneinen war, daß über die getrennt verwaltete Vermögensmasse ein getrennter Konkurs eröffnet werden könnte. Daß die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft nicht schlechter gestellt werden, als es vor der Auflösung der Gesellschaft der Fall war, hätte sich für den Konkurs durch Schaffung eines besonderen Konkursvorrechtes regeln lassen. Dies ist aber nicht geschehen, da ein „solches Konkursvorrecht nicht mit den Grundsätzen der Konkursordnung in Einklang stehen würde und keinen Schutz gegen

---

[6] vgl. Makower § 306 III c, 3; Lehmann-Ring § 306 Nr. 10.

[7] vgl. Staub § 306 Anm. 19; Makower § 306 III c, 3; Lehmann-Ring § 306 Nr. 10; Pinner § 306 IV. 2c; Cosack S. 616.

[8] Staub, Allgem. HGB. Art. 247 § 7.

Zwangsvollstreckung außerhalb des Konkursverfahrens bieten würde".[9]

In dem Falle des Konkurses muß man unterscheiden:

1. Ist die übernehmende Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet (§ 207 KO.), so ist das Konkursverfahren über die übernehmende Gesellschaft zu eröffnen. Von dieser Eröffnung des Verfahrens wird auch das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft mit betroffen, da letztere in der aufnehmenden Gesellschaft aufgegangen ist. Nach § 292 Abs. 1 Nr. 3 wird die übernehmende Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkurses aufgelöst. Infolge der Fiktion des Sondervermögens nach § 306 Abs. 4 haben die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft ein ausschließliches Recht an diesem Sondervermögen; es ist als dem Recht der Gesamtheit der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft unterliegend anzusehen. Nach § 1 KO. umfaßt aber das Konkursverfahren nur das gesamte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Konkurseröffnung gehört. Da aber das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft als den Gläubigern der letzteren vorbehalten anzusehen ist, hat die Gesamtheit der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft einen Anspruch auf Aussonderung des Vermögens als eines der aufnehmenden Gesellschaft nicht gehörigen

[9] Denkschr. S. 168.

Gegenstandes nach § 43 KO.[10] Geltend gemacht wird dieses Aussonderungsrecht von dem Vorstande der übernehmenden Gesellschaft für die Gläubigerschaft der aufgelösten Gesellschaft.[11] Hinsichtlich des ausgesonderten Vermögens findet das Liquidationsverfahren statt. Erst nach Befriedigung der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft können die übrigen Gläubiger sich an einen eventuellen Überschuß aus dem abgesonderten Vermögen halten. In beiden Konkursen können die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft ihre Forderungen anmelden, und zwar können die Forderungen in voller Höhe in beiden Konkursen angemeldet und berücksichtigt werden, nicht aber, wie im Falle des § 212, in dem Konkurs der übernehmenden Gesellschaft nur hinsichtlich des Ausfalles, den die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft im Sonderkonkurs über das übernommene Vermögen erleiden. Es ist hier § 68 KO. entsprechend anzuwenden.

Nach § 68 KO. kann der Gläubiger, wenn über das Vermögen mehrerer oder einer von mehreren Personen, welche nebeneinander für dieselbe Leistung auf das Ganze haften, das Konkursverfahren eröffnet wird, bis zu seiner vollen Befriedigung in jedem Verfahren den Betrag geltend machen, den er zur Zeit der Eröffnung

---

[10] vgl. Staub § 306 Anm. 19; Makower § 306 III c, 3; Goldmann § 306 Ziff. 10; Lehmann-Ring § 306 Nr. 10; Pinner § 306 IV c.

[11] vgl. Lehmann-Ring § 306 Ziff. 10.

des Verfahrens zu fordern hatte. Die Anwendbarkeit des § 68 KO. ist deshalb gegeben, weil bis zur endgültigen Vereinigung beider Vermögen das übernommene Vermögen noch als Vermögen der aufgelösten Gesellschaft zugunsten deren Gläubiger gilt, also fingiert wird, daß die aufgelöste Gesellschaft noch bestehe. Hierin liegt die Haftung des Sondervermögens; die Haftung der übernehmenden Gesellschaft für die Forderungen in voller Höhe ergibt sich daraus, daß in dem Fusionsvertrage die stillschweigende Verpflichtung der übernehmenden Gesellschaft liegt, dann, wenn sein Zweck, die Fusion, erreicht ist, als Gesamtschuldner haften zu wollen.[12]

2. Ist das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft überschuldet, so kann auch ein Konkurs selbständig über das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft eröffnet werden, obwohl sie selbst nicht mehr besteht und auch nicht im Liquidationszustande, wie es im Falle des § 305 bei der Fusion ohne sofortige Verschmelzung der Fall wäre, sich befindet. Gemeinschuldnerin ist in diesem Falle die übernehmende Gesellschaft, und zwar so, daß nur das übernommene Vermögen in die Verwaltung des

---

[12] Im Ergebnis so v. Ziegler S. 150; anders Makower § 306c, 3a, der § 212 KO. angewendet wissen will; dies ist aber unzulässig, weil dieser Paragraph den besonderen Verhältnissen der offenen Handelsgesellschaft angepaßt ist (vgl. v. Ziegler S. 150 Anm. 127).

Konkursverwalters übergeht. Hinsichtlich des Ausfalles, den die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft in diesem Konkurse über das Sondervermögen erleiden, können sie sich an das Vermögen der übernehmenden Gesellschaft halten, da, wie oben erwähnt, eine Gesamtrechtsnachfolge vorliegt und infolgedessen die übernehmende Gesellschaft mit ihrem ganzen Vermögen für die Schulden der aufgelösten Gesellschaft haftet.[13]

Eine weitere Vergünstigung gewährt § 306 Abs. 4 den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft. § 306 Abs. 4 bestimmt nämlich, daß der bisherige Gerichtsstand der aufgelösten Gesellschaft bis zur Vereinigung der Vermögen der beiden Gesellschaften bestehen bleibt. Nach der herrschenden Ansicht[14] ist dieser Gerichtsstand fakultativ; denn nur zur Erleichterung und um den Gläubigern ihre frühere Rechtsstellung zu erhalten, ist diese Vorschrift gegeben; wäre der Gerichtsstand ausschließlich, so würde unter Umständen den Gläubigern die Rechtslage erschwert werden, eine Erschwerung will aber gerade die Vorschrift des Abs. 4 vermeiden.

Diese obigen Gläubigerschutzvorschriften sind bis zur Vereinigung der beiden Vermögensmassen zu beobachten. Die Vereinigung selbst besteht nicht in einer

---

[13] vgl. Staub § 306 Anm. 19; Makower § 306 III c, 3.

[14] vgl. Staub § 306 Anm. 18; Goldmann § 306 Ziff. 9; Lehmann-Ring § 306 Nr. 9; and. A. Makower § 306 III c, 3, der den Gerichtsstand nicht als fakultativ anerkennen will.

Rechtsübertragung — diese ist bereits durch die eingetretene Gesamtrechtsnachfolge erfolgt —, sondern nur in dem tatsächlichen Aufhören der Verwaltungstrennung.[15] Die Vereinigung der beiden Vermögen darf aber erst erfolgen, nachdem die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft von der übernehmenden Gesellschaft unter Hinweis der Auflösung der Gesellschaft zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufgefordert worden sind, das Sperrjahr (§ 301) abgelaufen ist und nicht erledigte Verbindlichkeiten durch Hinterlegung oder Sicherheitsleistung gesichert worden sind.

Die Gläubiger müssen also aufgefordert werden, ihre Ansprüche anzumelden. Die Aufforderung geschieht mittels öffentlicher Bekanntmachung, die in den Gesellschaftsblättern der Gesellschaft zu erfolgen hat. Diese werden regelmäßig durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt. Nach § 182 Abs. 3 muß dazu stets der Deutsche Reichsanzeiger gehören. Enthält der Gesellschaftsvertrag keine Bestimmungen darüber, wo die Bekanntmachungen zu erfolgen haben, so kommt nur der Deutsche Reichsanzeiger in Frage. Erfolgt die Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern nicht, so ist sie als nicht gehörig erfolgt anzusehen.[16] Nach § 297 hat die Bekanntmachung dreimal zu erfolgen, und zwar in drei verschiedenen Nummern von jedem der Gesellschaftsblätter. Für die

---

[15] Makower § 306 IV.

[16] vgl. Goldmann § 182 Ziff. 37.

Reihenfolge der einzelnen Bekanntmachungen ist kein Zeitraum bestimmt; sie können an drei hintereinanderfolgenden Tagen erfolgen; ja, es ist als zulässig zu erachten, daß sie in der Morgen- und Abendausgabe desselben Tages erfolgen.[17] Es genügt, daß die Bekanntmachung öffentlich erfolgt. Im alten Handelsgesetzbuch dagegen war nach Art. 245 in Verb. mit Art. 202 vorgeschrieben, daß an die bekannten Gläubiger eine besondere Aufforderung zu ergehen habe. Dies ist aber nach dem neuen Handelsgesetzbuche nicht mehr nötig, weil den bekannten Gläubigern, auch ohne daß sie sich melden, ihre Forderungen zu bezahlen oder zu hinterlegen sind[18] (§ 301 Abs. 2). Die Bekanntmachung gilt als erfolgt mit dem Tage, an dem die dritte Bekanntmachung in allen Gesellschaftsblättern erfolgt ist. Nicht etwa gilt hier die Bestimmung des § 50 BGB., wonach die Bekanntmachung mit dem Ablaufe des zweiten Tages nach der Einrückung als bewirkt gilt; denn die Regelung der Bekanntmachung in § 297 weicht von der in § 50 ab, und ferner enthält § 297 Sondervorschriften; die allgemeinen des Bürgerlichen Gesetzbuches sollen also keine Anwendung finden.[19] Zu erlassen ist die Bekanntmachung von dem Vorstande der übernehmenden Gesellschaft als deren gesetzlichen Vertreter. Der Inhalt der

---

[17] vgl. Staub § 297 Anm. 3.

[18] vgl. Staub § 297 Anm. 3.

[19] vgl. Makower § 297 II; Lehmann-Ring § 301 Nr. 3.

Bekanntmachung enthält den Hinweis auf die Auflösung der Gesellschaft und die Aufforderung an die Gläubiger, ihre Ansprüche anzumelden. Für die Aufforderung selbst genügt jede Erklärung, aus der zu entnehmen ist, daß durch sie die Gläubiger zur Anmeldung ihrer Ansprüche veranlaßt werden; bestimmte Wortformen sind nicht erforderlich.[20] Der Hinweis auf die Auflösung darf nicht eher erfolgen, als bis die Gesellschaft wirklich aufgelöst ist, andernfalls würde die Aufforderung an die Gläubiger keine Wirkung haben.[21] Nicht ist hingegen erforderlich, daß die Auflösung der Gesellschaft bereits ins Handelsregister eingetragen ist; denn nicht die Eintragung ins Handelsregister, sondern bereits der Zustimmungsbeschluß der Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft zu dem Veräußerungsvertrag hat die Auflösung der Gesellschaft zur Folge (§ 303 Abs. 2). Ausgenommen ist hierbei der Fall, daß die Auflösung der Gesellschaft eine Statutenänderung erfordert. Dann ist die Auflösung erst mit der Eintragung in das Handelsregister wirksam, und infolgedessen darf erst von diesem Zeitpunkt ab der Hinweis auf die Auflösung erfolgen.[22] Erfolgt die Bekanntmachung überhaupt nicht oder nicht in der vorgeschriebenen Form, so gilt sie als nicht erfolgt. Ein Zwang zum Erlasse der Bekanntmachung besteht nicht;

---

[20] vgl. Goldmann § 297 Ziff. 2.

[21] vgl. Goldmann § 297 Ziff. 2.

[22] vgl. Lehmann-Ring § 297 Nr. 1; anders Goldmann § 297 Ziff. 3.

denn es handelt sich hier nicht um eine nach § 14 zu erfüllende Anmeldungs-, Zeichnungs- oder Einreichungspflicht; auch ist der § 297 in § 319 nicht genannt, wonach der Vorstand durch Ordnungsstrafen gezwungen werden könnte zum Erlasse der Bekanntmachung. Das Unterlassen der erforderlichen Bekanntmachung ist höchstens als eine Verletzung der Obliegenheiten des Vorstandes anzusehen. In diesem Falle haften nach § 241 die Mitglieder des Vorstandes als Gesamtschuldner für den daraus entstehenden Schaden. Das gleiche gilt von den Mitgliedern des Aufsichtsrates (§ 249 Abs. 2). Ein indirekter Zwang zum Erlasse der Bekanntmachung besteht insofern, als das nach § 301 erforderliche Sperrjahr, dessen Ablauf eine weitere Voraussetzung für die Vereinigung der beiden Vermögensmassen ist, nicht eher zu laufen beginnt, als bis die dritte Bekanntmachung als erfolgt gilt.[23]

Nach § 301 darf die Verteilung des Vermögens unter die Gesellschafter nicht vor Ablauf des Sperrjahres erfolgen; im Falle der Fusion tritt jedoch an Stelle der Verteilung des Vermögens die Vereinigung des Vermögens. Der Zweck des Sperrjahres liegt darin, daß innerhalb desselben die der Gesellschaft unbekannten Gläubiger sich melden und vorzugsweise Befriedigung aus dem übernommenen Vermögen erhalten können. Vor Ablauf des Sperrjahres darf eine Vereinigung des Ver-

[23] vgl. Goldmann § 297 Ziff. 4.

mögens nicht erfolgen. Erfolgt sie trotzdem, so haben die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft das Recht des Widerspruchs.[24]

Das Sperrjahr beginnt, wie oben gesagt, mit dem Tage, an dem die dritte Aufforderung an die Gläubiger, ihre Ansprüche anzumelden, erfolgt ist, und endigt nach Ablauf eines Jahres (§ 301), und zwar mit dem Ablaufe des Tages des letzten Monats, welcher durch seine Zahl dem Tage der obigen dritten Aufforderung entspricht (§ 188 BGB.).[25]

Alle Gläubiger, die sich innerhalb des Sperrjahres melden, sind aus dem übernommenen Vermögen zu befriedigen, und zwar durch Leistung des Geschuldeten, Hinterlegung oder Sicherheitsleistung. Dasselbe gilt so lange, bis die Vereinigung stattgefunden hat, mag auch das Sperrjahr längst abgelaufen sein; denn nach Ablauf des Sperrjahres wird der übernehmenden Gesellschaft nur das Recht, aber nicht die Pflicht, die beiden Vermögensmassen zu vereinigen, gegeben.[26] Auch bildet das Sperrjahr für die Anmeldungen der Gläubiger keine Präklusivfrist, vielmehr haben alle vor der Beendigung der Verteilung auftretenden Gläubiger Anspruch auf

---

[24] vgl. Goldmann § 306 Ziff. 10.

[25] vgl. Goldmann § 301 Ziff. 1.

[26] vgl. Goldmann § 306 Ziff. 11; Lehmann-Ring § 306 Nr. 11; Makower § 306 III, 5.

Befriedigung aus dem vorhandenen Vermögen.[27] Meldet sich ein Gläubiger nach bereits rechtsgültig erfolgter Vereinigung der beiden Vermögensmassen, so gilt er, falls er nicht als bekannter Gläubiger das Recht hatte, Hinterlegung oder Sicherheitsleistung zu verlangen, nicht mehr als bevorzugter Gläubiger hinsichtlich des übernommenen Vermögens. Er steht vielmehr mit allen übrigen Gläubigern der übernehmenden Gesellschaft auf einer Stufe.[28] Eine Vermutung, daß nach Ablauf des Sperrjahres die Vereinigung des Vermögens stattgefunden habe, besteht nicht; es ist vielmehr Sache des Vorstandes, die erfolgte Vermögensvereinigung zu beweisen.[29] Meldet sich ein bekannter Gläubiger nicht, so ist, falls die Berechtigung zur Hinterlegung des Geschuldeten vorhanden ist, der geschuldete Betrag zu hinterlegen. Wenn die Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden ist, bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch: Nach § 372 BGB. ist die Berechtigung zur Hinterlegung dann gegeben, wenn der Gläubiger im Verzuge der Annahme ist, oder dann, wenn der Schuldner aus einem anderen in der Person des Gläubigers liegenden Grunde oder infolge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewißheit über die Person des Gläubigers seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann. Zu emp-

[27] ROHG. Bd. 19 S. 161; vgl. Pinner § 301 V; Staub § 301 Anm. 2.

[28] vgl. Staub § 301 Anm. 5; Goldmann § 301 Ziff. 3.

[29] vgl. Goldmann § 301 Ziff. 3; Pinner § 301 V.

fehlen ist es, bei der Hinterlegung das Recht der Rücknahme auszuschließen; denn erst hierdurch wird die Gesellschaft von der Verbindlichkeit befreit. Geschieht dies nicht, und nimmt der Vorstand nachträglich das Hinterlegte zurück, so kann ihn die Verantwortlichkeit nach § 306 Abs. 6 treffen. — Ist die Person des Gläubigers bekannt und liegt eine Berechtigung zur Hinterlegung nicht vor, ist es also der Gesellschaft möglich, die Verbindlichkeiten zu erfüllen, so ist sie verpflichtet, dies auch zu tun, auch wenn sich der Gläubiger nicht gemeldet hat. Als bekannt im Sinne des § 301 gilt auch ein Gläubiger, dessen Forderung bekannt ist, auch wenn seine Person unbekannt ist.[30]

Weiterhin verlangt das Gesetz nach § 301 Abs. 3 vor der endgültigen Vermögensvereinigung die Sicherheitsleistung für den Gläubiger, wenn die Berichtigung einer Verbindlichkeit zur Zeit nicht ausführbar, z. B. bedingt oder betagt ist, oder eine Verbindlichkeit streitig ist; denn durch die Fusion wird die Verbindlichkeit in ihrem Bestande nicht verändert. War sie bedingt oder betagt, so fällt die Bedingung oder Betagung durch den Eintritt der Fusion nicht weg; war sie eine Holschuld, so verwandelt sie sich nicht in eine Bringschuld. Kann nach § 301 Abs. 3 Sicherheitsleistung verlangt werden, ist aber bereits die Berechtigung zur Hinterlegung vor-

---

[30] vgl. Lehmann-Ring § 301 Nr. 3; Goldmann § 301 Ziff. 5.

handen, so findet § 301 Abs. 3 keine Anwendung.[31] Die Art und Weise, wie die Sicherheitsleistung zu erfolgen hat, richtet sich nach den Vorschriften des BGB. § 232.[32] Handelt es sich um zur Zeit noch ungewisse Verbindlichkeiten, so ist für die Sicherheitsleistung so zu verfahren, als ob die Verbindlichkeit gewiß wäre; ist ihre Höhe streitig, so ist der höchste Betrag zu hinterlegen. Bei Streitigkeiten wird der Vorstand eventuell unter Hinzuziehung des Aufsichtsrates zu bestimmen haben, welcher Betrag vorläufig sicherzustellen sei. Genügt die geleistete Sicherheit nicht, so kann im Wege der Klage Erhöhung der Sicherheit verlangt werden.[33]

Die Verteilung des vorhandenen Vermögens unter die noch zu befriedigenden Gläubiger hat gleichmäßig zu geschehen. Dies hat die Bedeutung, daß der Vorstand der übernehmenden Gesellschaft eine derartige Übersicht der Aktiva und Passiva sich verschaffen muß, daß bei zur Befriedigung aller Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft nicht ausreichendem Vermögen die Gläubiger aus diesem Vermögen, da sie ja hinsichtlich der übrigen Gläubiger eine Sonderstellung haben, nur verhältnismäßig nach der Höhe ihrer Forderungen befriedigt werden. Ist der Vorstand nach sorgfältiger Prüfung des vorhandenen Vermögensbestandes der aufgelösten Gesellschaft der Überzeugung, daß das vorhandene Ver-

[31] vgl. Goldmann § 301 Ziff. 6.

[32] vgl. Goldmann § 301 Ziff. 6.

[33] vgl. Goldmann § 301 Ziff. 5; RG. Bd. 9 Ziff. 5.

mögen zur Befriedigung aller Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft ausreicht, so würde es eine unbillige Härte sein, den einzelnen Gläubigern ihre fälligen Forderungen längere Zeit vorzuenthalten. Der Vorstand kann in diesem Falle einzelne Gläubiger vorweg befriedigen.[34] Ist Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vorhanden, so ist der Vorstand verpflichtet, Konkurs anzumelden. Das Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zu übersehen, ist bei ordnungsgemäßer Buchführung nach dem Stande der heutigen Buchführungstechnik mit Leichtigkeit möglich. Zur Führung von Büchern, aus denen die Handelsgeschäfte und Lage des Vermögens ersichtlich ist, ist der Vorstand der Aktiengesellschaft als deren Vertreter nach § 38 verpflichtet. Ist dies nicht geschehen, so ist der Vorstand der aufgelösten Gesellschaft oder, sofern der Vorstand der aufnehmenden Gesellschaft dafür verantwortlich gemacht werden kann, dieser zum Schadensersatz verpflichtet (§ 241).

Ist eine Leistung an die Gläubiger zu Unrecht erfolgt, d. h. obwohl nach Wissen des Vorstandes Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vorhanden war, so kann das Geleistete nicht zurückgefordert werden. Der Vorstand ist aber eventuell nach § 241 schadensersatzpflichtig.

Die Vereinigung der beiden Vermögensmassen darf nicht eher erfolgen, bis obige Gläubigerschutzvorschriften erfüllt sind. Erfolgt sie trotzdem, so können die Gläu-

---

[34] vgl. Staub § 301 Anm. 6.

biger durch Klage auf Sicherheitsleistung gegen die übernehmende Aktiengesellschaft oder durch Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung dies verhindern.[35] Ferner sind nach § 306 die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates der übernehmenden Gesellschaft den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft für die Ausführung der getrennten Verwaltung als Gesamtschuldner verantwortlich. Die Mitglieder des Aufsichtsrates trifft aber nur eine Verantwortung, soweit eine Vereinigung der beiden Vermögen mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten erfolgt. Nach erfolgter rechtsgültiger Vereinigung der beiden Vermögen können sich etwa noch vorhandene Gläubiger nur an das Gesamtvermögen halten, und nur darüber kann der Konkurs eröffnet werden.[36]

E. Besondere rechtliche Verhältnisse bei der Fusion.

§ 13.

Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse.

Die Generalversammlungsbeschlüsse, die zur Durchführung der Fusion erforderlich sind, können nach den §§ 271 ff. wegen Verletzung des Gesetzes oder Gesellschaftsvertrages angefochten werden. Die Klage muß

---

[35] vgl. Staub § 301 Anm. 11; Lehmann-Ring § 301 Nr. 6.

[36] vgl. Staub § 306 Anm. 20.

binnen einem Monat erhoben werden, und zwar ist sie gegen die Gesellschaft zu erheben, deren Generalversammlung den Beschluß gefaßt hat.

Zur Erhebung der Klage ist grundsätzlich jeder Aktionär befugt, der in der Generalversammlung erschienen und Widerspruch zu Protokoll erklärt hat; außerdem auch in den in § 271 Abs. 3 bestimmten Fällen ein Aktionär, der nicht erschienen ist. Ferner ist auch der Vorstand und, sofern der Beschluß eine Maßregel zum Gegenstand hat, durch deren Ausführung sich die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates strafbar oder den Gläubigern der Gesellschaft haftbar machen würden, jedes Mitglied des Vorstandes und des Aufsichtsrates zur Anfechtung befugt (§ 271). Vertreten wird die Gesellschaft als Beklagte durch den Vorstand, sofern dieser nicht selbst klagt, und durch den Aufsichtsrat (§ 272).

Wird nun die Klage gegen einen Generalversammlungsbeschluß der übertragenden Gesellschaft gerichtet, so ist, falls der Vermögensübergang stattgefunden hat, die Rechtspersönlichkeit der übertragenden Gesellschaft, mithin auch ihre Firma, erloschen.[1] Um nun nach Untergang der übertragenden Gesellschaft noch eine Anfechtung zu ermöglichen, bestimmt § 308, daß eine Anfechtung des den Übergang betreffenden Beschlusses der Generalversammlung gegen die Rechtsnachfolgerin der aufgelösten Gesellschaft, also gegen die übernehmende

[1] vgl. Makower § 308 I.

Gesellschaft zu richten ist. Angefochten werden kann sowohl der Übertragungsbeschluß wie der Liquidationsausschließungsbeschluß, und zwar einzeln oder auch beide zusammen; denn beide Beschlüsse betreffen den Übergang des Vermögens. Der Liquidationsausschließungsbeschluß steht und fällt mit der erfolgreichen Anfechtung des Übertragungsbeschlusses, aber nicht umgekehrt; denn im umgekehrten Falle könnte die Fusion dann ohne Ausschluß der Liquidation nach § 305 durchgeführt werden.[2]

Wird die Anfechtungsklage gegen den Übertragungsbeschluß mit Erfolg erhoben, so gilt die Auflösung der übertragenden Gesellschaft als nicht erfolgt, die aufgelöste Gesellschaft tritt in ihre frühere Rechtsstellung zurück.[3] Die Aktien der übertragenden Gesellschaft müssen wieder neu ausgefertigt werden. Schwierigkeiten bietet nur die Wirkung der Anfechtung auf die Erhöhung des Grundkapitals. Das Grundkapital ist nur erhöht worden zur Abfindung der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft für die Vermögensübertragung; folglich stehen beide Akte in einem inneren Zusammenhang. Ist nun durch erfolgreiche Anfechtung des Fusionsherganges die Vermögensübertragung nicht erfolgt, so ist auch die Kapitalserhöhung als nicht erfolgt anzusehen.[4] Sind die Aktien der übernehmenden Gesell-

[2] vgl. Lehmann-Ring § 308.

[3] vgl. Staub § 308 Anm. 2.

[4] vgl. Lehmann-Ring § 308.

schaft bereits an die früheren Aktionäre der übertragenden Gesellschaft ausgegeben, so ist der § 287 entsprechend anzuwenden; denn die Anfechtung, die hier also auch die Erhöhung des Grundkapitals ergreift, bewirkt die Nichtigkeit der vorgenommenen Erhöhung des Grundkapitals; sie gilt als nicht erfolgt. Infolgedessen gelten die etwa ausgegebenen Aktien als vor der Erhöhung des Grundkapitals ausgegeben; die ausgegebenen Aktien sind infolgedessen nichtig und verschaffen selbst gutgläubigen Erwerbern nicht die Mitgliedschaft bei der übernehmenden Gesellschaft.[5]

Für eine Nichtigkeitsklage nach § 309 ist die Vorschrift des § 308 nicht anwendbar. Da nun durch die erfolgte Fusion die übertragende Gesellschaft untergegangen ist, kann eine Nichtigkeitsklage gegen sie nicht mehr erhoben werden. Gegen die übernehmende Gesellschaft sie zu erheben, ist aber auch nicht möglich; denn das Gesetz gibt dafür, daß sie für eine eventuelle Klage passiv legitimiert sei, keinen Anhaltspunkt. Aus gleichem Grunde kann aber auch „das Offizialverfahren auf Löschung der Handelsregistereintragung gemäß § 144 FGG. nicht Platz greifen; denn Nichtigkeit und Anfechtbarkeit sind gänzlich verschiedene Dinge".[6]

---

[5] vgl. Lehmann-Ring §§ 308 u. 287 Nr. 1; anders v. Ziegler S. 178.

[6] v. Ziegler S. 178; anders Lehmann-Ring § 308 und Staub § 308 Anm. 4.

§ 14.

Fortsetzung der übertragenden Gesellschaft im Falle des Nichtzustandekommens der Fusion.

Es kann vorkommen, daß bei der Fusion der beabsichtigte Zweck, d. h. die Vermögensübertragung der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft nicht erreicht wird. Die Gründe hierfür können mannigfacher Art sein: Es kann für eine der beiden Aktiengesellschaften ein Recht zum Rücktritt vom Vertrage vorliegen und dieses ausgeübt werden nach Fassung des Zustimmungsbeschlusses der Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft zu dem Fusionsvertrage — dieser hat die Auflösung der Gesellschaft zur Folge — oder die übertragende Gesellschaft hat bereits ihren Auflösungsbeschluß gefaßt, der Kapitalserhöhungsbeschluß der übernehmenden Gesellschaft kommt aber nicht zustande oder die erfolgte Kapitalserhöhung wird nicht zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet.[1]

Ist nun in obigen Fällen die übertragende Gesellschaft aufgelöst, so war nach dem alten Handelsgesetzbuch nicht die Möglichkeit gegeben, durch einen Generalversammlungsbeschluß mit einfacher Stimmenmehrheit den früheren Zustand wiederherzustellen. Wollte man dies tun, so mußte man die Vorschriften über die Neu-

[1] vgl. Staub § 307 Anm. 4.

gründung anwenden, was natürlich mit Kosten und Zeit verknüpft war. Um nun unnötige Härten und Schwierigkeiten zu vermeiden, und da „in der Regel anzunehmen sein wird, daß die Absicht nicht auf eine Liquidation der Gesellschaft ging“,[2] ist durch das neue Handelsgesetzbuch für den Fall, daß die Fusion nicht zustande kommt, die Möglichkeit in § 307 gegeben, daß die Generalversammlung die Fortsetzung der Gesellschaft beschließt.

Es genügt, daß dieser Generalversammlungsbeschluß mit einfacher Stimmenmehrheit gefaßt wird, sofern nicht in dem Beschlusse über die Fortsetzung der Gesellschaft eine Statutenänderung liegt.[3] Obwohl zu dem Auflösungsbeschlusse eine qualifizierte Mehrheit (Dreiviertelmajorität) erforderlich ist, verlangt § 307 nur einfache Stimmenmehrheit, weil „der Fortsetzungsbeschluß nicht die Aufhebung des Veräußerungsbeschlusses zum Gegenstande hat, sondern er ist vielmehr gerade dadurch bedingt, daß der Veräußerungsbeschluß durch Scheitern der beabsichtigten Vornahme seine Erledigung gefunden hat“.[4]

Zur Wirksamkeit des Beschlusses ist eine Eintragung nicht erforderlich, ausgenommen, wenn in dem Beschlusse eine Statutenänderung liegt (§ 277 Abs. 3). Dessenungeachtet ist aber nach § 307 Abs. 3 die Fort-

[2] Denkschr. S. 167.

[3] vgl. Staub § 307 Anm. 7; Lehmann-Ring § 307 Nr. 1.

[4] Lehmann-Ring § 307 Nr. 4.

setzung der Gesellschaft von dem Vorstande zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden.[5] Erfolgt sie nicht, so kann sie nach § 14 zur Anmeldung durch Ordnungsstrafe erzwungen werden.[6] Daß zur Anmeldung sämtliche Mitglieder des Vorstandes mitwirken müssen, ist nicht erforderlich. Es genügt, daß sie geschieht so, wie auch sonst ein Mitglied des Vorstandes Willenserklärungen mit Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft abgeben kann.[7] Beizufügen ist der Anmeldung das den Fortsetzungsbeschluß enthaltende Protokoll in öffentlich beglaubigter Abschrift (§ 259 Abs. 5).[8]

Der Fortsetzungsbeschluß ist jedoch nur gültig, wenn die Voraussetzungen des § 307 auch wirklich vorgelegen haben. Insbesondere muß der Zweck der Veräußerung im ganzen unerreichbar gewesen sein, und zwar „müssen alle in Betracht kommenden Umstände hierbei gewürdigt und der gewöhnliche Lauf der Dinge berücksichtigt werden". Haben die nach § 307 erforderlichen Voraussetzungen nicht vorgelegen, so ist der Fortsetzungsbeschluß nichtig wegen Verstoßes gegen

---

[5] vgl. Staub § 307 Anm. 7; Goldmann § 307 Ziff. 4; anders Cosack S. 664, wonach zur Wirksamkeit des Beschlusses die Eintragung erforderlich ist.

[6] vgl. Goldmann § 307 Ziff. 4; Lehmann-Ring § 307 Nr. 4; Staub § 307 Anm. 1.

[7] vgl. Goldmann § 307 Ziff. 1; Lehmann-Ring § 307 Nr. 4; Staub § 307 Anm. 7.

[8] vgl. Lehmann-Ring § 307 Nr. 4.

eine öffentlichrechtliche, der Verfügung durch die Beteiligten entzogenen Norm.[9]

Der Fortsetzungsbeschluß bewirkt sofort das Wiederaufleben der aufgelösten Gesellschaft, und zwar wirkt er ex nunc. Die aufgelöste Gesellschaft muß alle inzwischen geschlossenen Geschäfte gegen sich gelten lassen. Die Gesellschaft wird angesehen, als ob eine Auflösung nie erfolgt wäre.[10]

Kommt der Fortsetzungsbeschluß durch die Generalversammlung nicht zustande, so muß die Liquidation der Aktiengesellschaft nach den Vorschriften der §§ 294ff. erfolgen.[11]

§ 15.

F. Stempelfragen.

Der Fusionsvertrag ist ein Gesellschaftsvertrag, der zum Inhalte hat, daß die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft gegen Übertragung des Vermögens im ganzen Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft werden sollen.[1] Der Fusionsvertrag stellt nach dem Reichsstempelgesetz v. 15. 7. 1909 Tarifnummer 4a, 3 ein stempelpflichtiges Anschaffungsgeschäft dar, auf Grund dessen Aktien gegen

---

[9] Lehmann-Ring § 307 Nr. 4; vgl. Staub § 307 Anm. 8.

[10] vgl. Staub § 307 Anm. 14; Lehmann-Ring § 307 Nr. 5; Pinner § 307 III; Goldmann § 307 Ziff. 5; Korff S. 133.

[11] vgl. Goldmann § 307 Ziff. 7; Lehmann-Ring § 307 Nr. 2.

[1] vgl. Staub § 306 Anm. 23.

Entgelt ausgereicht werden.[2] Der Steuersatz beträgt hierfür drei Zehntel vom Tausend. An sich erfordert nun nach Tarifnummer 4a des Reichsstempelgesetzes die Ausreichung der Aktien an die Aktionäre als die ersten Erwerber die Zahlung einer Stempelsteuer. „Im Falle der Fusion kann aber von der Ausreichung der Aktien kein besonderer Anschaffungsstempel erhoben werden, weil die Ausreichung der Aktien sich lediglich als Erfüllung des Fusionsvertrages darstellt, der Stempel ist also von dem Fusionsvertrage nur einmal zu erheben."[3]

Nach § 24 RStempelsteuerG. ist nun der Fusionsvertrag, da er nach Tarifnummer 4 abgabepflichtig ist, in den einzelnen Bundesstaaten keiner Stempelabgabe unterworfen. Es frägt sich nun, wie sich das preuß. Stempelsteuergesetz in neuer Fassung v. 30. 6. 1909 zu dieser Frage verhält. Tarifnummer 25c dieses Gesetzes bestimmt, daß Verträge, die das Einbringen von nicht in Geld bestehendem Vermögen in eine bereits bestehende Aktiengesellschaft zum Gegenstande haben, der Stempelsteuer nach den dort aufgeführten Sätzen unterliegen. Nun hat zweifellos der Fusionsvertrag zum Gegenstande das Einbringen von nicht in Geld bestehendem Vermögen. Das Reichsgericht nun ist der Ansicht, daß Tarifnummer 25c des preuß. Stempelsteuergesetzes mit § 24 RStempelsteuerG. nicht in Widerspruch stehe, weil „bei einem Fusionsvertrage in gleicher Weise wie

[2] Abraham S. 62; Esser § 306 Anm. 6.

[3] Staub § 306 Anm. 23.

bei der Gründung einer Aktiengesellschaft die Reichssteuer für die Zuteilung der neuen Aktien nur einen Teil des Rechtsgeschäftes zum Gegenstand habe, der Vertrag im ganzen aber bezüglich seines materiellen Inhaltes der Besteuerung nach Landesrecht unterworfen bleibe".[4] Diese Ansicht aber ist deshalb irrig, „weil die Vermögensübertragung und die ihr gegenüberstehende Gewährung von Aktien Bestandteile eines einheitlichen untrennbaren Geschäftes sind".[5]

Erfolgt die Gegenleistung der übernehmenden Gesellschaft in Aktien, die durch Erhöhung des Grundkapitals aufgebracht werden, so ist nach Tarifnummer 25 a preuß. StempelsteuerG. die Erhöhung des Aktienkapitals zu versteuern. Dieser hierfür zu entrichtende Betrag war nach Tarifnummer 25 c Abs. 2 preuß. StempelsteuerG. v. 31. 7. 1895 auf den nach Ansicht des Reichsgerichtes nach Tarifnummer 25 c zu entrichtenden Stempelbetrag in Anrechnung zu bringen.[6] Nach dem neuen preuß. StempelsteuerG. kommt jedoch dieser Wertstempel nicht mehr in Anrechnung.[7]

Nach dem sächs. Stempelsteuergesetz v. 12. 1. 1909 Tarifnummer 19 ist der Gesellschaftsvertrag, der betrifft die Erhöhung des Grundkapitals, mit einer Steuer von $^1/_{20}\,^0/_0$ des Betrages der Erhöhung zuzüglich des Betrages

[4] JurW. 30. Jahrg. Nr. 21, 44 S. 118.

[5] Heinitz S. 399; vgl. Pinner § 306 V.

[6] vgl. Heinitz S. 399.

[7] vgl. auch Meyer bei Holdheim 18. Jahrg. Nr. 8 S. 206, 207.

belegt, um den der Nennwert der die Kapitalserhöhung bildenden Aktien durch den Wert überschritten wird, für welchen sie von den ersten Erwerbern übernommen werden.

Für die neuen Aktien der übernehmenden Gesellschaft ist nach dem Reichsstempelsteuergesetz Tarifnummer 1a ein Stempel von 3 % zu entrichten, der grundsätzlich nach dem Nennwert berechnet wird. Werden die Aktien jedoch über pari ausgegeben, so erfolgt die Versteuerung zuzüglich des Betrages, zu welchem sie höher, als der Nennwert lautet, ausgegeben werden. Der Wert, zu dem die Aktien ausgegeben werden, wird durch Ermittlung des Wertes des Vermögens der übertragenden Gesellschaft gefunden, auch wenn die Aktien ohne ziffernmäßige Festsetzung eines den Nennbetrag übersteigenden Kurses in Wirklichkeit zu einem höheren Werte, als der Nennbetrag ist, ausgegeben werden.[8]

Ein Auflassungsstempel kommt, falls von der übertragenden Gesellschaft die übernehmende Gesellschaft im Wege der Fusion nach § 306 Grundstücke zu Eigentum erhält, nicht zur Erhebung, da bei der nach § 306 stattfindenden Universalsukzession keine Auflassung, sondern nur Berichtigung des Grundbuches für den Erwerb des Grundstückes in Betracht kommt.[9]

---

[8] Wolff S. 150; Staub § 306 Anm. 24.

[9] vgl. Esser S. 257; OLG. Cöln I. Zivilsenat v. 25. 6. 1900 bei Holdheim 9. Jahrg. S. 226 f.; Hummel-Specht S. 489 u. 490.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.